UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LE

POUVOIR PRÉTORIEN DE LA JURISPRUDENCE

En droit français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement le 23 juin 1897, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

PAR

Henri LANGLOIS

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DU HAVRE

« Le juge trouve toujours sa règle, ou dans la loi écrite, ou dans l'équité naturelle. »

(PORTALIS cité par Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. I, p. 211.)

CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU

1897

UNIVERSITÉ DE CAEN

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR LE

POUVOIR PRÉTORIEN DE LA JURISPRUDENCE

En droit français

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Soutenue publiquement le 23 juin 1897, à 3 heures 1/2 de l'après-midi

DANS LA SALLE DES ACTES DE LA FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

PAR

Henri LANGLOIS

JUGE SUPPLÉANT AU TRIBUNAL CIVIL DU HAVRE

« Le juge trouve toujours sa règle ou dans la loi écrite, ou dans l'équité naturelle. »

(PORTALIS cité par Locré, *Esprit du Code Napoléon*, t. I, p. 211.)

CAEN

IMPRIMERIE CHARLES VALIN

7 ET 9, RUE AU CANU

1897

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542701_0031

FACULTÉ DE DROIT DE CAEN

Année scolaire 1896-1897

DOYEN :

M. Edmond VILLEY (✻, I. ✿), correspondant de l'Institut, membre du Conseil supérieur de l'Instruction publique.

PROFESSEURS :

MM. TOUTAIN (✻, I. ✿), professeur de *Droit administratif*.

DANJON (I. ✿), professeur de *Droit commercial* et de *Droit maritime*.

Edmond VILLEY (✻, I. ✿), professeur d'*Économie politique* et d'*Histoire des doctrines économiques*.

LAISNÉ DES HAYES (⊙, A. ✿), professeur de *Droit romain*, chargé d'un cours de *Code civil*.

GUILLOUARD (I. ✿, C. ✠), professeur de *Code civil*.

LEBRET (I. ✿), professeur de *Code civil* (élu député du Calvados).

CABOUAT (I. ✿), professeur de *Droit international public* et *privé*, et de *Législation industrielle*.

GAUCKLER (I. ✿), professeur de *Droit romain*, chargé des cours de *Pandectes* et d'*Histoire du Droit public français* (DOCTORAT).

MARIE (I. ✿), assesseur du doyen, professeur de *Droit criminel*, et chargé du cours d'*Histoire du Droit français* (DOCTORAT).

MM. Ambroise COLIN (A. ✿), professeur de *Code civil*, et chargé du cours d'*Éléments du Droit constitutionnel*.

BIVILLE (A. ✿), professeur de *Procédure civile*, et chargé du cours d'*Histoire générale du Droit français* (LICENCE).

AGRÉGÉS :

MM. BOUVIER, chargé des cours de *Législation financière* et de *Droit constitutionnel comparé*.

DEBRAY, chargé d'un cours de *Droit romain*.

SECRÉTAIRE :

M. GILLET (I. ✿), secrétaire du Conseil de l'Université de Caen.

JURY D'EXAMEN

MM. R. BIVILLE, *professeur*, PRÉSIDENT DE LA THÈSE.
EDMOND VILLEY, *professeur et doyen*.
AMBROISE COLIN, *professeur*.

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES

AUBRY et RAU. — *Cours de droit civil français.*

BAUDRY-LACANTINERIE. — *Précis de droit civil.*

DE BELLEYME. — *Ordonnances sur requête et sur référé.*

BERTIN. — *Ordonnances de référé.*

DE LA BIGNE DE VILLENEUVE. — *Éléments de droit constitutionnel français.*

BOITARD et COLMET D'AAGE. — *Leçons de procédure civile.*

BOUCHENÉ-LEFER. — *Droit public administratif.*

CHAUVEAU-ADOLPHE et FAUSTIN HÉLIE. — *Théorie du Code pénal.* (Édit. Villey, 6 vol, Paris 1887.)

DEMANGEAT sur Boitard. — *Traité de droit commercial.*

DEMOLOMBE. — *Cours de Code Napoléon.*

DUCROQ. — *Cours de droit administratif.*

DUGUIT. — *De la séparation des pouvoirs.*

DUVERGER. — *Continuation de Toullier.* (Préface.)

ESMEIN. — *Éléments de droit constitutionnel.* (1 vol. Paris, 1896.)

DE FRANQUEVILLE. — *Les institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre.* (1 vol., 1863.)

FRÉMERY. — *Études de droit commercial.*

FUZIER-HERMAN. — *La séparation des pouvoirs, d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé.* (1 vol., Paris, 1880.)

GARRAUD. — *Précis de droit criminel.*

GARSONNET. — *Traité théorique et pratique de procédure.*

GIDE. — *Étude sur la condition privée de la femme.* (Édit. Esmein, 1 vol., Paris, 1895.)

GLASSON. — *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre.*

GUILLOUARD. — *Droit civil.*

HUC. — *Cours de droit civil.*

LACHAU et DAGUIN. — *De l'exécution des jugements étrangers, d'après la jurisprudence française.* (1 vol., Paris, 1889.)

LAFERRIÈRE. — *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux.* (2 vol., Paris, 1884.)

LAROMBIÈRE. — *Traité des obligations.*

LAURENT. — *Droit civil français.* — *Droit civil international.*

LOCRÉ. — *Esprit du Code Napoléon.* — *Législation civile et commerciale.*

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de droit commercial.* — *Précis de droit commercial.* (7 vol., Paris, 1892.) — *Loi anglaise sur la faillite traduite et annotée.* (1 vol., imprimerie nationale 1888.)

MARCADÉ. — *Explication du Code Napoléon.*

MÉRIGNHAC. — *Traité des contrats relatifs à l'hypothèque légale de la femme mariée.* (1 vol., Paris 1882.)

MONTESQUIEU. — *De l'esprit des lois.* (Liv. XI, chap. VI.)

MOURLON. — *Répétitions écrites sur le Code civil,* — *sur le Code de procédure civile.*

ORTOLAN. — *Législation romaine.* (Tome 1er.)

PARDESSUS. — *Droit commercial.*

POTHIER. — *Donations entre vifs.* (Introduction au titre XVI de la coutume d'Orléans — Communauté.)

RODIÈRE. — *Traité de compétence et de procédure en matière civile.*

RUBEN DE COUDER. — *Dictionnaire de droit commercial.*

SAINT-GIRONS. — *Essai sur la séparation des pouvoirs dans l'ordre politique, administratif et judiciaire.* (1 vol., Paris 1881.)

DE TOCQUEVILLE. — *Démocratie en Amérique.* — Rapport à l'académie des sciences morales et politiques sur un ouvrage de Th. Sedgwick. (Traité sur la manière d'interpréter et d'appliquer les lois et la constitution, — dans le recueil Vergé 1858, t. XIV, p. 312 et 313.)

TROPLONG. — *Code civil.*

VALETTE. — *Mélanges de droit, de jurisprudence et de législation.* (2 vol., Paris 1880.)

VILLEY. — *Traité de droit criminel.*

VIOLLET. — *Histoire du droit civil français.* (2e édit., 1 vol., 1893.)

WEISS. — *Traité élémentaire de droit international privé.* (1 vol., 1886.)

INTRODUCTION

On peut ramener à deux grandes catégories les sources de toute législation : la coutume et la loi, le droit non écrit et le droit codifié. Chacune de ces deux sources a son rôle distinct et son histoire : l'une ou l'autre prédomine suivant que le droit d'une nation est plus ou moins développé.

Mais il n'est que sensiblement vrai de dire que ces deux sources se succèdent, et que toute législation passe par deux périodes, la période coutumière et la période des textes. En réalité, elles s'entre-croisent ; elles forment dans le progrès du droit, non pas deux grands degrés successifs, mais tout un système d'échelons.

C'est, à la vérité, la coutume qui se trouve à l'origine. Il faut concevoir une société fonctionnant déjà, des rapports déjà existants, des règles admises par l'usage, pour que ces règles soient fixées par un texte. Les lois n'ont jamais été un moule où se sont coulées les mœurs ; elles sont bien plutôt comme la cristallisation de mœurs préexistantes. Mais, si la coutume régit ainsi seule, à l'origine, les rapports des hommes, elle n'atteint pas en régnant seule son entier développement. Bientôt les rapports entre les hommes deviennent plus fréquents, et la coutume, forcée de s'appliquer à un grand nombre de faits, devient incertaine et ne peut se suffire à elle-même. Elle se fixe alors en un certain nombre de textes

primitifs, dont le caractère est d'être fort incomplets, ne prévoyant qu'un petit nombre de faits, et très illogiques, donnant la plus large place à des questions qui sont secondaires dans une législation plus avancée, notamment à la procédure: telle est, par exemple, la loi des XII Tables du droit romain.

Après la rédaction de ces textes, la législation est loin d'être faite, et la coutume continue son œuvre, règle les conventions nouvelles et toutes les espèces qui peuvent passer entre les mailles nécessairement très larges de la loi écrite.

Lorsque la société se développe et s'organise, et qu'un pouvoir se fonde qui a le droit de commander aux citoyens, la part du droit écrit devient prépondérante. Il n'est plus un simple enregistrement de la coutume ; il arrive à lui commander dans une certaine mesure, puisqu'il peut donner force de loi à l'une de deux solutions contradictoires, prohiber certains usages.

La hiérarchie des deux droits se trouve dès lors renversée. La loi écrite est maintenant au premier rang : la coutume pourtant n'abdique pas ; mais elle perd sans cesse du terrain. Les cas où elle peut être invoquée comme une loi deviennent de moins en moins nombreux; elle s'exerce maintenant dans l'interprétation de la loi écrite.

Enfin, l'on arrive à la période de codification générale. La coutume se trouve dès lors reléguée au second plan. Nous ne parlerons que pour mémoire du cas particulier où elle a de l'autorité en vertu d'un renvoi explicite de la loi écrite (renvoi aux usages locaux). — Au point de vue général, la coutume n'a plus qu'une autorité morale, ne peut plus servir de base à une décision judiciaire. Réduite à ce rôle, où elle parait strictement confinée par les législations modernes, elle semble morte en tant que source de droit.

Le droit coutumier, en prenant ce mot *lato sensu*, a pour auteurs, — outre les usages spontanés, la coutume même, qui n'est point susceptible d'analyse et de théorie générale, — les hommes qui ont à s'occuper d'elle, soit théoriquement, soit pratiquement, les jurisconsultes et les magistrats.

On sait quelle importance considérable ce dernier facteur du droit coutumier, la jurisprudence, a offerte en droit romain. Les magistrats et principalement les préteurs ont eu une influence bien connue sur le développement du droit à Rome : le droit honoraire et, plus spécialement, le droit prétorien tient dans le droit romain une place immense.

Aujourd'hui, en présence de codes qui régissent toutes les matières du droit, la jurisprudence française n'exerce-t-elle pas pourtant quelque action sur la marche de la législation ? Peut-on lui reconnaître dans une certaine mesure un rôle prétorien présentant quelque analogie avec le pouvoir des magistrats romains ?

Telle est d'une façon générale la question qui domine notre travail, question que nous essayerons de résoudre en prenant les exemples qui nous paraîtront les plus frappants dans les différentes branches du droit français.

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE

Du principe de la séparation des pouvoirs et de ses limites, spécialement en ce qui concerne le pouvoir judiciaire.

I

Le principe de la séparation des pouvoirs, posé par Montesquieu, a été en 1789 officiellement reconnu pour la première fois par la déclaration des droits de l'homme, et consacré législativement par la loi des 16-24 août 1790. Cette loi, suivant la théorie de Montesquieu, distingue et sépare trois pouvoirs, le pouvoir législatif, le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire. Ce principe a, depuis cette époque, été à la base de toutes les constitutions qui se sont succédé en France. Il en est de même dans tous les pays soumis au régime constitutionnel. Adressons-nous d'abord à l'inventeur même du principe pour savoir quelle est sa signification et sa portée.

« Il y a dans chaque État, dit Montesquieu, trois « sortes de pouvoir, la puissance législative, la « puissance exécutrice des choses qui dépendent du « droit des gens, et la puissance exécutrice de celles

« qui dépendent du droit civil. »[1] Telles sont, d'après l'auteur de *l'esprit des lois*, les trois fonctions de l'État, les trois pouvoirs particuliers en lesquels s'analyse le pouvoir, le droit de commander aux citoyens.

Pour qu'une constitution soit bonne, pour que la liberté soit sauvegardée, la règle absolue est que les trois pouvoirs de l'État soient séparés ; si deux d'entre eux seulement sont réunis dans une même main, on peut redouter le despotisme : « Lorsque dans la même « personne ou dans le même corps de magistrature, la « puissance législative est réunie à la puissance exécu- « trice, il n'y a point de liberté, parce qu'on peut craindre « que le même monarque ou le même sénat ne fasse des « loix tyranniques, pour les exécuter tyranniquement.

« Il n'y a point encore de liberté si la puissance de « juger n'est pas séparée de la puissance législative et « de l'exécutrice. Si elle était jointe à la puissance « législative, le pouvoir sur la vie et la liberté des « citoyens serait arbitraire ; car le juge serait législateur. « Si elle était jointe à la puissance exécutrice, le juge « pourrait avoir la force d'un oppresseur.

« Tout serait perdu si le même homme ou le même « corps des Principaux, ou des Nobles, ou du Peuple, « exerçoient ces trois pouvoirs, celui de faire des Loix, « celui d'exécuter les résolutions publiques, et celui de « juger les crimes ou les différends des particuliers. »[2]

Ajoutons que Montesquieu considère comme le plus essentiel l'isolement du pouvoir judiciaire, les deux autres pouvant à la rigueur être réunis dans une même main sans engendrer nécessairement la tyrannie : c'était d'ailleurs l'état de choses existant à son époque. « Dans

1. *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.
2. Id. *ibid.*

« la plupart des Royaumes de l'Europe, poursuit-il, le « Gouvernement est modéré, parce que le Prince, qui a « les deux premiers pouvoirs, laisse à ses sujets « l'exercice du troisième. Chez les Turcs, où ces trois « pouvoirs sont réunis sur la tête du Sultan, il règne un « affreux despotisme. — Dans les Républiques d'Italie, « où ces trois pouvoirs sont réunis, la liberté se trouve « moins que dans nos monarchies [1]. »

Telle est la théorie de Montesquieu. Attaquée, reprise et modifiée par divers systèmes dans le détail desquels nous n'avons pas à entrer[2], elle est aujourd'hui à peu près universellement admise. La plupart des auteurs modernes ne l'admettent pourtant qu'avec une certaine modification. Il n'y aurait en réalité que deux pouvoirs, le législatif et l'exécutif; le pouvoir judiciaire ne serait qu'une branche de ce dernier [3].

Nous ne saurions prendre parti entre ces deux théories ; nous pensons que la question ne se pose pas, et que cette divergence, qui n'offre du reste aucun intérêt pratique, a un point de départ inexact. On paraît faire dépendre la séparation des pouvoirs de la nature même des choses; il y aurait en réalité trois ou deux pouvoirs, selon les avis. Nous croyons qu'il y a là une confusion. Que l'on attribue la souveraineté à un homme ou à la nation, suivant l'une ou l'autre des théories qui régissent les constitutions politiques, il est évident que

1. *Esprit des lois*, liv. XI, chap. VI.

2. Parmi les philosophes qui se sont occupés de cette question, citons J.-J. Rousseau, Beccaria, Kant, J. de Maistre, de Bonald. — V., parmi les philosophes antérieurs à Montesquieu, Hobbes, Spinosa et Locke.

3. V. principalement en ce sens M. Ducrocq, *Cours de droit administratif*, n° 32, et M. Duguit, *De la séparation des pouvoirs*, p. 14 et suiv. — M. Esmein reste, au contraire, fidèle à la théorie des trois pouvoirs. (Esmein, *Eléments de droit constitutionnel*, chap. III, § 3.

cette souveraineté est une, et que le peuple ou le roi de droit divin, en dernière analyse, la possède tout entière. Mais cette souveraineté doit s'exercer par différents organes ayant chacun leur rôle, et la séparation des pouvoirs apparaît, non comme une division tenant à l'essence même des choses, mais comme une simple précaution de fait contre le despotisme. Il n'y a qu'une seule autorité, mais elle doit s'exercer par différents organes pour se faire comme contrepoids à elle-même. Pour emprunter une terminologie familière au droit, le souverain a la *jouissance* de tous les pouvoirs ; *l'exercice* doit en être divisé.

Dès lors, nous semble sans objet la controverse sur le point de savoir si le pouvoir judiciaire est ou non une branche du pouvoir exécutif, puisque, en théorie pure, la souveraineté est une, et que, d'autre part, en fait, ils doivent être confiés à des organes distincts.

Quelque opinion que l'on adopte à ce sujet, il est certain qu'en fait, la séparation des trois pouvoirs ne se trouve pas absolue et stricte dans les états même les plus éloignés du despotisme. Il y a eu à toutes les époques et dans toutes les nations, il y a encore des points où les attributions des trois pouvoirs sont mal définies et se confondent, ce qui nous confirme encore dans l'idée que cette distinction des pouvoirs ne tient pas à leur nature, car alors ils seraient nettement tranchés, mais qu'elle est une séparation pratique, dont la rigueur est limitée par les nécessités de la pratique elle-même.

Le système de Montesquieu passa en France de la théorie dans la pratique avec la révolution. L'Assemblée constituante le pose nettement en principe : « Toute « société dans laquelle la garantie des droits n'est pas « assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a « pas de constitution. » Les constitutions du droit intermédiaire consacrent ce principe ; sur certains points, elles en poussent même plus loin les conséquences que ne le fait notre droit actuel. C'est ainsi

qu'elles édictent une incompatibilité absolue entre les fonctions de ministre (qui est un organe du pouvoir exécutif) et celles de membre du corps législatif[1]. La constitution de 1791 poussait même cette incompatibilité jusqu'à décider qu'aucun membre de la législature ne pourrait devenir ministre, non seulement durant la durée de ses fonctions, mais encore deux ans après leur cessation. La constitution de l'an III reproduit cette disposition en limitant la prohibition à une année[2].

D'après la constitution de l'an III, les directeurs, titulaires du pouvoir exécutif, n'ont pas entrée dans les conseils, et ne peuvent communiquer avec eux que par écrit : le principe est poussé ainsi jusqu'à la séparation matérielle des pouvoirs, suivant l'expression de M. Esmein[3].

En revanche, les conseils n'ont sur les directeurs ni sur les ministres nommés par leur libre choix[4] aucun droit de blâme.

Le pouvoir exécutif se trouvait encore exclu de tout rôle législatif, en ce qu'il n'avait même pas, comme aujourd'hui, l'initiative des lois[5]. Le droit de *veto* était le seul point par lequel le pouvoir exécutif eût une action négative, et seulement temporisatrice (le *veto* n'étant que suspensif) sur la législation.

Tout cela n'est d'ailleurs que l'application de la théorie de Montesquieu et l'imitation de la constitution anglaise[6].

Le pouvoir judiciaire est, comme nous le verrons

1. Cf. Montesquieu, *Esprit des lois*, l. xi, ch. vi, « qu'il n'y « avait pas de monarque..... etc. »

2. Art. 130.

3. *Éléments de droit constitutionnel*, p. 295.

4. Art. 148.

5. *Constitution de 1791*, tit. iii, chap. iii, sect. i, art. 1, *Const. de l'an III*, art. 163.

6. *Esprit des lois*, liv. xi, chap. vi.

plus loin, confiné dans ses attributions aussi strictement que le pouvoir exécutif.

L'application de la théorie de Montesquieu se fait dans une idée de défiance évidente contre ces deux pouvoirs. L'élection des juges et le caractère temporaire de leurs fonctions sont des conséquences de cette défiance.

Les constitutions révolutionnaires, en établissant la séparation des pouvoirs, n'ont point ainsi tenu en lisière le pouvoir législatif. C'est ainsi que non seulement il vote et répartit périodiquement l'impôt, — ce qui rentre peut-être dans ses attributions, — mais qu'il exerce d'autres attributions qui ne lui appartiennent certainement pas. D'après la constitution de 1791 [1], le corps législatif exerce la « haute police administrative », c'est-à-dire qu'il contrôle la suspension prononcée par le Roi contre les administrateurs, et a le droit de dissoudre les corps administratifs. D'après la constitution de l'an III, les cinq commissaires de la trésorerie nationale sont élus par le corps législatif [2].

Barrère proclamait [3] : « Le pouvoir administratif sera « subordonné au pouvoir législatif. » Ce n'est pas assez dire : le pouvoir législatif domine et contrôle les deux autres pouvoirs ; et, si les assemblées révolutionnaires ont établi la séparation des pouvoirs, on peut dire que c'est contre deux d'entre eux que la séparation était faite.

Ainsi, à l'instant où la théorie de la séparation des pouvoirs est appliquée avec l'esprit théoricien et logique des hommes de cette époque, on trouve déjà quelques empiétements d'un pouvoir sur les autres, dans une idée de défiance contre eux.

Dans notre droit actuel, où le principe de Montesquieu est une loi fondamentale, on trouve de nombreux exemples d'empiétements réciproques, et l'on voit que

1. Tit. III, ch. IV, sect. II, art. 8.
2. Esmein, *op. cit.*, p. 306, art. 315.
3. Séance du 5 mai 1790.

les trois pouvoirs, dans leurs rapports respectifs, ne sont pas si séparés qu'on pourrait le croire.

Ces empiétements ne seront plus, en général du moins (car il faut excepter ce qui concerne les juridictions administratives et la garantie administrative), le résultat d'idées de défiance envers l'un des pouvoirs ; ils seront plutôt commandés par les nécessités de la pratique et la coopération des trois pouvoirs à l'œuvre commune.

On peut envisager les rapports entre les pouvoirs
exécutif et législatif,
exécutif et judiciaire,
judiciaire et législatif.

Aux deux premiers points de vue, il suffit d'abord de constater que le pouvoir exécutif a participé et participe encore dans une certaine mesure à la confection des lois. C'est d'abord, sous les assemblées révolutionnaires, le droit de *veto* (seulement suspensif, à la vérité) accordé au roi par la constitution de 1791. En sens inverse, la Constituante s'était réservé le droit de régler par des ordonnances le détail de l'exécution des lois.

Rappelons ensuite les avis du Conseil d'État qui ont été rendus sous le gouvernement impérial, par application du règlement du 5 nivôse an VIII (art. 15), ainsi conçu : « Le Conseil d'État développe le sens des lois « sur le renvoi qui lui est fait par les consuls des « questions qui leur ont été soumises. » Une fois sanctionnés par le chef de l'État, ces avis, qui n'étaient en principe qu'une consultation solennelle, devenaient obligatoires. Ces avis n'ayant pas été déclarés inconstitutionnels par le pouvoir compétent, ont été appliqués depuis comme de véritables lois, sous la seule condition qu'ils aient été, comme une loi quelconque, insérés au bulletin des lois [1].

1. Voir exemples d'arrêts de la Cour de cassation appliquant ces avis comme lois, dans Dalloz, *Rép.* v° *Lois*, §§ 62 et 63.

Quelquefois enfin la puissance législative a été, par une loi formelle, déléguée au gouvernement, notamment en matière d'impôts. (Voir, à titre d'exemples, art. 6 de la loi du 25 novembre 1814, et 34 de la loi du 17 décembre même année.)

Si l'on nous objecte que ce ne sont là que des exceptions de fait au principe de la séparation des pouvoirs, et que les régimes des assemblées révolutionnaires, du premier empire et de la restauration, ne sont pas des modèles de constitutions libérales, il nous restera à examiner ce qui se passe aujourd'hui. D'après la constitution de 1875, le gouvernement a un grand rôle à jouer dans la confection des lois, et, sur ce point, la ligne de démarcation entre les pouvoirs exécutif et législatif n'est pas aussi nette que l'exigerait la théorie poussée à l'extrême.

Le Président de la République, chef du pouvoir exécutif, a en effet des attributions législatives. Il a, concurremment avec les membres des deux chambres (loi du 25 février 1875, art. 3, al. 1), l'initiative des lois ; 2° il peut, non en personne, mais par l'intermédiaire des ministres ou par des commissaires du gouvernement spécialement désignés, prendre part aux débats parlementaires (loi du 12 février 1875, art. 6, al. 2) ; il peut même intervenir directement par des messages ; enfin, et c'est là la plus grave atteinte au principe, le Président peut, « par un message motivé, demander « aux deux Chambres une nouvelle délibération, qui « ne peut être refusée ». (Loi du 16 juillet 1875, art. 7, al. 2.) Ce droit n'est autre chose que le *veto* suspensif.

Réciproquement, l'autorité législative exerce un contrôle incessant sur le pouvoir exécutif, et possède les moyens de rendre ce contrôle efficace. C'est d'abord,

en ce qui concerne tout acte ayant des conséquences pécuniaires, le vote annuel du budget et le vote de la loi qui, à la fin de chaque exercice, en porte le règlement définitif et l'approbation.

Un moyen de contrôle plus général, et qui est à toute époque à la disposition des Chambres, consiste dans le droit qui appartient à tous leurs membres de demander publiquement au gouvernement l'explication de tel ou tel de ses actes, sous forme de question ou d'interpellation. Cette dernière forme donne nécessairement lieu à un vote d'ordre du jour, par lequel l'assemblée, ou bien déclare que l'interpellation n'est susceptible d'aucune suite (ordre du jour pur et simple), ou bien motive soit son approbation, soit son blâme, de l'acte du pouvoir qui lui est dénoncé. Certains documents doivent d'ailleurs, d'après de nombreuses lois, être communiqués périodiquement aux Chambres; les ministres doivent ainsi compte au Parlement de la façon dont ils ont appliqué les lois concernant leur département.

Enfin la pratique a admis la nomination de commissions d'enquête, prises dans le Parlement et composées par lui. Les Chambres peuvent ainsi se renseigner sur le fonctionnement de tel ou tel service public.

Voilà pour les rapports du pouvoir exécutif et du pouvoir législatif: la ligne de démarcation est-elle plus nette entre le pouvoir exécutif et le pouvoir judiciaire ? C'est le contraire qui est vrai.

Nous avons, à ce propos, à considérer deux institutions, l'une disparue depuis 1870, la garantie administrative, l'autre qui subsiste, les juridictions administratives.

L'autorité administrative, dans l'exercice de son action, peut froisser les intérêts ou blesser les droits des citoyens. Dans le premier cas, il n'y a qu'un recours

à l'administration même, qui peut accorder ou repousser la demande ; ce cas ne présente aucun caractère contentieux. Mais, pour les réclamations de la seconde catégorie, lorsque le droit d'un particulier est lésé par un acte de l'administration, c'est évidemment à une juridiction qu'il faut s'adresser. Eh bien, de telles actions ne peuvent être portées devant l'autorité judiciaire, devant les tribunaux ordinaires [1]. A côté de l'administration active, fonctionne une administration contentieuse. Les questions de droit qui s'agitent entre l'administration et les citoyens sont portées devant la juridiction administrative, juridiction exceptionnelle, distincte de l'autorité judiciaire. La juridiction administrative, organisée en France avant 1789, a été réorganisée par la première assemblée constituante. Elle a été attaquée vivement, et l'on fait observer que l'Angleterre, les États-Unis et l'Italie ne connaissent pas ces juges spéciaux. Elle a été défendue avec la même ardeur : en Espagne, en Belgique, en Hollande, en Prusse et en Autriche-Hongrie, l'institution existe. Quoi qu'il en soit de ses mérites et de ses inconvénients, et malgré les attaques dont elle a été l'objet à plusieurs reprises devant les assemblées législatives, la juridiction administrative s'est maintenue et existe dans la constitution actuelle de la France. Ses organes principaux sont les conseils de préfecture et le Conseil d'État.

1. Au surplus, il ne faudrait pas exagérer cette idée, et les tribunaux ordinaires restent chargés d'appliquer un très grand nombre des lois dites administratives: ils jugent un grand nombre de questions de contributions indirectes, d'octroi, de timbre, d'enregistrement, etc. En matière même de contributions directes, ils ont seuls le droit de décider si une saisie est valable en la forme, si le Trésor public a ou non un privilège de créance, comment l'impôt sera réparti entre cohéritiers ou copropriétaires, etc. (V. Bouchené-Lefer, *Droit public administratif.*)

Au principe d'une juridiction spéciale en matière d'administration, se rattache l'ancienne institution de la garantie administrative. La garantie administrative consiste dans la nécessité, avant toute poursuite contre les agents du gouvernement pour faits relatifs à leurs fonctions, d'une autorisation préalable du Conseil d'État. Cette règle, qui existait dans le droit romain et sous l'ancienne Monarchie française, a été admise par la Constituante (lois des 22 octobre 1789-janvier 1790, des 16-24 août 1790, des 7-14 octobre 1790). La constitution du 22 frimaire an VIII, dans son article 75, la formulait ainsi : « Les agents du gouvernement, autres que les « ministres [1] ne peuvent être poursuivis, pour des faits « relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision « du Conseil d'État; en ce cas, la poursuite a lieu devant « les tribunaux ordinaires. » Sous les différentes constitutions qui ont suivi la constitution du 22 frimaire an VIII, l'article 75 a constamment été considéré comme étant toujours en vigueur, tant par la jurisprudence de la Cour de cassation que par celle du Conseil d'État. Cette garantie administrative était regardée comme une conséquence de l'institution de juridictions administratives; on faisait valoir que, s'il était loisible aux particuliers se prétendant lésés par une mesure administrative de poursuivre les fonctionnaires personnellement devant les tribunaux de l'ordre judiciaire, ils auraient là un moyen simple d'éluder la règle d'après laquelle la juridiction administrative doit seule connaître des actes accomplis par l'administration pour la gestion des services publics. Cette législation a été abrogée par un

1. Les ministres ont encore aujourd'hui une *garantie politique* qui les soustrait à l'autorité judiciaire pour les actes accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. (V. p. 23, *Attributions judiciaires des Chambres.*)

décret du gouvernement de la Défense nationale, en date du 19 septembre 1870.

Nous savons que l'on rattache ces deux institutions au principe de la séparation des pouvoirs, dont elles seraient une simple conséquence : ceci ne nous paraît pas devoir être admis sans une observation.

L'institution des juridictions administratives a pour but principal de sauvegarder l'indépendance de l'autorité exécutive, en empêchant le pouvoir judiciaire de s'immiscer dans l'action de l'administration. Il y a là, dit-on, une application du principe de la séparation des pouvoirs. Oui et non. il est certain que cette institution prévient des incursions possibles de l'autorité judiciaire dans le domaine exécutif, et, à ce titre, elle sauvegarde l'indépendance de l'administration et, par suite, la séparation des pouvoirs. Mais, est-ce bien véritablement une application du principe? Son application pure et simple serait de laisser à chacun sa sphère et toute sa sphère. Le fait de donner à une autorité une partie des attributions d'une autre, fût-ce pour sauvegarder son indépendance et pour empêcher des incursions en sens inverse, ne saurait bien évidemment être considéré comme une application du principe que ces autorités doivent être séparées. Les juridictions administratives sont un échec au principe de la séparation des pouvoirs, destiné à en prévenir de plus graves en sens contraire, un échec dont nous ne contestons pas la nécessité : elles dérogent au principe pour le sauvegarder ; il nous paraît incontestable qu'elles y dérogent. Elles sont une défense, mais une défense offensive.

La garantie administrative, aujourd'hui supprimée, était motivée par des considérations analogues à celles qui ont fait établir les juridictions administratives ; elle nous paraît être, comme elles, une exception au principe

de la séparation des pouvoirs. S'il est vrai qu'elle en était au contraire une application, le décret du 19 septembre 1870, qui l'a abrogée, aurait donc méconnu ce principe. On ne peut nier qu'il n'ait reçu une atteinte, soit par l'institution même, soit par sa disparition.

Nous voyons par l'étude de ces deux institutions que, même dans les constitutions modernes, le pouvoir exécutif et l'autorité judiciaire offrent des points de contact, et que leurs attributions respectives, pas plus que pour le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif, ne sont pas nettement tranchées [1].

Enfin nous arrivons aux rapports entre le pouvoir judiciaire et le pouvoir législatif. En envisageant un premier côté de la question, les incursions du pouvoir législatif dans l'ordre judiciaire, nous avons à signaler que, sur un point, d'intérêt assez particulier il est vrai, le pouvoir législatif a des fonctions judiciaires. Nous voulons parler des attributions judiciaires des Chambres, organisées par l'art. 9 de la loi constitutionnelle du 24 février 1875, l'art. 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 et la loi du 10 avril 1889.

Aux termes de l'art. 9 de la loi du 24 février 1875, « le Sénat peut être constitué en cour de justice pour « juger soit le Président de la République, soit les « ministres, et pour connaître des attentats commis « contre la sûreté de l'État. »

L'article 12 de la loi constitutionnelle du 16 juillet

1. Il faut encore noter, en ce qui concerne la délimitation des autorités exécutive et judiciaire, que cette dernière exerce, dans une certaine hypothèse, un droit de contrôle sur les actes administratifs : appelée à prononcer des peines pour la violation des règlements administratifs, elle a le droit d'apprécier s'ils ont été légalement faits. (V. Laferrière, *Traité de la jurisprudence administrative*, t. I, p. 432 et suivantes.)

1875 porte : « Le Président de la République ne peut « être mis en accusation que par la Chambre des députés, « et ne peut être jugé que par le Sénat. — Les ministres « peuvent être mis en accusation par la Chambre des « députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs « fonctions. En ce cas, ils sont jugés par le Sénat. — Le « Sénat peut être constitué en cour de justice par un « décret du Président de la République, rendu en « conseil des ministres, pour juger toute personne « prévenue d'attentat commis contre la sûreté de « l'État. Si l'instruction est commencée par la justice « ordinaire, le décret de convocation du Sénat peut « être rendu jusqu'à l'arrêt de renvoi. — Une loi « déterminera le mode de procéder pour l'accusation, « l'instruction et le jugement. »

Cette loi, annoncée par l'art. 12, est intervenue le 10 avril 1889 ; elle règle la procédure à suivre devant le Sénat constitué en cour de justice, seulement pour le troisième cas, attentat contre la sûreté de l'État.

II

Nous avons ainsi pris deux à deux les trois pouvoirs de l'État, et nous avons vu que, même dans la constitution actuelle, la ligne de démarcation entre eux n'est pas rigoureusement tranchée. Ils exercent l'un sur l'autre des incursions réciproques ; et il ressort de cette constatation que la séparation absolue des pouvoirs n'est pas un principe d'une nécessité théorique, mais une simple précaution de fait. On peut remarquer, pour donner plus de force à cette idée, que, d'autre part, des précautions analogues sont prises dans le sein d'une même autorité, et que certains rôles sont divisés dans

l'exercice d'un même pouvoir. C'est ainsi que l'autorité judiciaire comprend les membres du ministère public et les juges, dont les attributions sont très distinctes ; c'est ainsi encore que le fractionnement du pouvoir législatif en deux chambres est considéré comme nécessaire au bon fonctionnement d'un gouvernement parlementaire. Ainsi il ne faut pas exagérer la portée du principe de la séparation des pouvoirs : c'est une simple garantie, nécessaire mais non pas suffisante, de la liberté, une précaution pratique tempérée et au contraire, sur certains points, aggravée par la pratique elle-même.

Reste une face de la dernière question, de la question des rapports du pouvoir législatif avec le pouvoir judiciaire. L'autorité législative a quelques attributions judiciaires : l'autorité judiciaire a-t-elle, de son côté, une fonction législative ? Dans quelques pays, elle a des attributions de cette nature. Aux États-Unis de l'Amérique du Nord, par exemple, il lui appartient de faire tomber une loi en déclarant qu'elle est contraire à la constitution, loi fondamentale à laquelle le législateur lui-même ne peut déroger. Rien d'analogue n'existe en France, et l'on ne peut considérer comme une exception à la règle le droit tout platonique reconnu à la Cour de cassation par l'art. 86 de la loi du 27 ventôse an VIII, aux termes duquel « le Tribunal de « cassation enverra chaque année au gouvernement une « députation pour lui indiquer les points sur lesquels « l'expérience lui aura fait connaître les vices ou l'insuffi- « sance de la législation. » Ainsi, en France, le pouvoir judiciaire n'a aucune attribution législative déterminée.

A côté d'une action limitée à certains cas, mais régulière, d'un pouvoir sur l'autre, on peut concevoir une influence de fait à la fois efficace et indéterminée.

Dans la législation française actuelle, un tel rôle est-il dévolu à l'autorité judiciaire ; peut-elle collaborer dans une certaine mesure à l'œuvre législative ? Telle est la question qui se présente au seuil de ce travail, où l'on se propose précisément l'étude de cette fonction de la jurisprudence. Avant de répondre à cette question, un court exposé historique est nécessaire.

A Rome, l'idée de la séparation des pouvoirs était assez confuse. La législation romaine n'était pas parvenue à cette phase où le droit codifié existe seul ; les textes étaient des plus incomplets. Grâce à cette double considération, les magistrats devaient avoir sur le développement du droit une action très considérable ; ils l'eurent en effet, et le droit honoraire et, plus spécialement, le droit prétorien (prêteur urbain et prêteur pérégrin) constituent une des sources les plus importantes du droit privé. Il est utile de rappeler comment ce rôle s'exerçait à Rome ; car c'est là qu'on trouve le type de l'action indirecte de la pratique sur la loi. Les magistrats ont été conduits forcément, en présence du laconisme des lois, à publier des règlements sur l'exercice de leur juridiction. Ils indiquèrent les voies à suivre pour arriver à faire appliquer par eux les lois, les cas où ils donneraient ou refuseraient telle ou telle action. « Ces « règlements ainsi publiés *(edicta)* ont pris place à côté « de la loi, investis de l'autorité du magistrat, comme « la partie vivante et mobile du droit civil : *viva vox* « *juris civilis,* dit le jurisconsulte Marcianus [1]. »

En ce qui concerne spécialement les préteurs, M. Ortolan expose ainsi leur rôle, et nous ne pouvons mieux faire que citer ce passage auquel nous nous reporterons quand nous allons arriver à parler du rôle

1. Ortolan, *Législat. rom.*, I, n° 292.

du magistrat moderne : « Le préteur de la ville « rencontrait dans le courant des affaires des cas « imprévus, des cas où la loi paraissait injuste ; il « sentait la nécessité de suppléer à cette loi ou de la « corriger par quelque moyen ; il déclarait que, dans « tel ou tel cas, il prendrait telle décision. Le préteur « des étrangers avait à employer, pour ainsi dire à « reconnaître, à constituer un droit nouveau dans la « cité, le droit des gens : il ne trouvait rien là-dessus « dans la loi civile : il fallait bien, pour prévenir « l'arbitraire, qu'il posât quelques règles, qu'il consacrât « quelques principes [1]. »

La publication de ces édits se régularisa ; ils durent être publiés au commencement de la magistrature. Le terme de l'évolution fut l'édit perpétuel d'Hadrien.

Ce qu'il faut retenir ici du droit honoraire à Rome, c'est la nature des nécessités pratiques qui l'imposaient : lacunes ou injustice de la législation.

Dans le très ancien droit français, le principe de la séparation des pouvoirs était inconnu, et les juges, que ce fussent les seigneurs justiciers, ou la Cour du Roi dans les cas royaux, exerçaient la plénitude de la souveraineté. La rédaction des coutumes fixa cependant pour un temps l'exercice du pouvoir législatif dans quelques groupes d'hommes, les assemblées de bailliage. Le dédoublement qui, sous les successeurs de saint Louis, s'opéra dans la Cour du Roi, fut un pas vers l'isolement du pouvoir judiciaire : ce dédoublement créa en effet le Parlement, corps judiciaire, le Grand Conseil restant investi des attributions administratives. Mais au XIV[e] et au XV[e] siècle, la confusion était grande encore ; le Grand Conseil, outre qu'il s'attribua les

1. Ortolan, *ibid.*, n° 233.

conflits de juridictions, se reconnaissait le droit de casser les arrêts du Parlement, même pour simple erreur de fait, pour simple mal jugé ; dans ce dernier cas, le roi mandait au Parlement de reviser son arrêt. Par les évocations, le roi, en vertu du principe de la justice retenue, se considérant comme ayant en lui-même la plénitude du pouvoir judiciaire, évoquait en son conseil des affaires pendantes devant le Parlement ou devant d'autres tribunaux. La compétence du roi en son conseil était illimitée en droit ; la confusion entre les pouvoirs régnait donc. Jusqu'à la fin de l'ancien régime, cette confusion se maintint. Les intendants, aux attributions mal définies, furent plus tard les principaux agents des empiétements du pouvoir exécutif dans l'ordre judiciaire.

En sens inverse, l'autorité judiciaire fut loin de se renfermer dans les attributions qu'on lui reconnait aujourd'hui. Les Parlements étaient devenus puissants ; ils soutinrent longtemps une véritable lutte contre la couronne. L'enregistrement des ordonnances fut leur arme principale : ils parvinrent à faire considérer cet enregistrement comme une sanction nécessaire de toute loi ; « au XVII[e] siècle, leur formule était : Les « états proposent, la Royauté statue, le Parlement « contrôle »[1]. La royauté triomphait de leur résistance en ordonnant l'entérinement par *lits de justice;* mais, dans ce cas, les Parlements admettaient en jurisprudence que l'enregistrement imposé par force était nul, et ils laissaient tomber en désuétude les lois ainsi reçues[2].

1. Fuzier-Herman, *Séparation des pouvoirs,* chap. xiii.

2. Voir, sur le rôle des parlements, Esmein et Saint-Girons, *Séparation des pouvoirs*, introd. p. 45.

Un autre empiétement des Parlements dans le domaine de l'autorité législative était fréquemment exercé par eux, et celui-là ne leur était pas contesté : nous voulons parler des *arrêts de règlement*. Par ces arrêts, ils ne se bornaient pas à dire droit dans l'espèce à eux soumise ; ils déclaraient qu'ils jugeraient toujours de même dans les causes analogues, et fixaient ainsi d'avance la jurisprudence. Ils allèrent même plus loin, et, n'attendant plus l'occasion d'un procès à eux soumis, ils firent des règlements sans procès. Le Parlement de Normandie, par exemple, publiait périodiquement des *placita*, analogues aux édits des magistrats romains. Il y a là aussi une des sources importantes de la législation.

Nous voyons qu'à Rome, et en France jusqu'à la Révolution, l'autorité judiciaire n'est pas renfermée dans des attributions bien définies, et qu'elle participe d'une façon active à l'œuvre législative ; en est-il, à un degré quelconque, de même aujourd'hui ? La législation française actuelle est arrivée à ce point de développement où la seule source du droit est le texte ; la coutume, dont la jurisprudence est un des facteurs, ne peut avoir une autorité reconnue. En un mot, les pouvoirs sont séparés. Et il faut remarquer, en outre, que, si nous avons vu des exceptions de détail au principe en ce qui concerne les autres pouvoirs, nous n'avons pas trouvé de point où l'autorité judiciaire pût sortir de ses attributions. C'est qu'en effet l'isolement du pouvoir judiciaire est considéré par l'inspirateur du principe, par Montesquieu lui-même, comme le plus essentiel : il cite l'exemple des royaumes de l'Europe où les deux autres sont réunis dans les mains du souverain, et où le gouvernement est modéré par la seule séparation de ce troisième pouvoir ; il y oppose

l'exemple de la Turquie et des républiques italiennes, où la confusion des trois pouvoirs fait régner le despotisme. A l'époque de la Révolution, l'autorité judiciaire, apanage d'une caste, et peu accessible aux idées nouvelles, n'était pas en faveur. On se rappelait d'ailleurs la lutte que les parlements avaient soutenue contre la royauté, et l'on prit ses précautions pour que les tribunaux ne pussent opposer de résistance du même genre au législateur. La création de juridictions administratives, qui, pour empêcher les empiétements de l'autorité judiciaire, lui enlève une partie de ses attributions, est une conséquence de cette tendance. Le Code civil, qui porte sur bien des points la trace des idées de la Révolution, et témoigne de nombreuses précautions contre le retour de certains abus de l'ancien régime, prohibe d'une façon absolue, dans son article 5, les arrêts de règlement [1 et 2].

Dans de telles conditions, il semble que nous pouvons répondre négativement à la question que nous nous sommes posée. Non, l'autorité judiciaire n'a aucune influence sur l'œuvre législative; elle n'a, d'après la constitution, aucun rôle dans la confection des lois, et les précautions sont bien prises pour qu'elle ne puisse exercer sur le droit une action indirecte, analogue à celle du magistrat romain ou des anciens Parlements.

Telle est la théorie, tel est le droit : la réalité des faits répond-elle exactement à la rigueur de ce

1. Cette prohibition est édictée pour la première fois par le décret du 16 août 1790 (tit. II, art. 12).

2. Voir, *sur l'histoire de la séparation des pouvoirs dans l'antiquité à Rome et dans l'ancienne France*, Saint-Girons, *Séparation des pouvoirs*, introduction historique.

principe ? Nous ne le pensons pas, et nous espérons le démontrer dans le cours de ce travail.

D'abord, il est incontestable que la jurisprudence, même dépouillée de tout droit de réglementation, constitue une puissance de fait avec laquelle il faut compter. Est-ce qu'une longue suite d'arrêts, jugeant tous dans le même sens, est-ce que cette « *series rerum perpetuo similiter judicatarum* », comme dit la loi romaine, n'a pas une portée véritable plus grande qu'un arrêt de règlement, que le Parlement pouvait, somme toute, réformer? Il est impossible de nier cette importance de la jurisprudence, et l'on en trouve une preuve dans ce fait incontestable que les développements et les joutes oratoires deviennent au palais de plus en plus rares : il est permis de le regretter, mais impossible de le nier, et l'on plaide aujourd'hui surtout à coups d'arrêts. Sans doute, on peut toujours, sur une question même cent fois jugée, espérer faire changer la jurisprudence ; cela, c'est la théorie,et nous ne la contestons pas ; mais on nous accordera que cet espoir serait, dans bien des cas, chimérique. Les décisions surtout de la Cour de cassation, tribunal suprême et unique, devaient forcément acquérir, lorsqu'elles sont conformes durant de longues années, une autorité qui les rapproche de véritables lois.

Cette puissance s'exercera-t-elle toujours en se maintenant dans la fixation définitive du sens d'un texte, dans la seule interprétation pour ainsi dire mécanique de la loi ? Il est certain qu'un tel pouvoir d'interprétation est plus large, et se rapproche beaucoup du pouvoir de légiférer. Cette opinion n'est pas un paradoxe ni même une nouveauté : « Je partage, dit Duverger, l'opinion de « ceux qui, dans la discussion de la loi constitutive du « mois de novembre 1790, considéraient le Tribunal de

cassation *comme tenant plus du pouvoir législatif que du pouvoir judiciaire*, de ceux qui voulaient le nommer conseil national pour la conservation des lois[1]. »

Si nous voulons entrer dans le détail de ce large pouvoir, examiner dans quelles circonstances il s'exerce avec le caractère le plus évident, rappelons-nous le rôle du magistrat à Rome : c'est réformer le droit civil, c'est, d'autre part, en combler les lacunes ; il se résume dans les deux mots *corrigere, suppleré*. Aujourd'hui, le rôle de la jurisprudence n'a pas une importance qui lui soit comparable ; les nécessités sont moindres, mais elles sont de même ordre. Corriger la loi, suppléer à son silence, telle est la double fonction de la jurisprudence, analogue, toutes proportions gardées, à celle du préteur romain. Telle est la distinction qui va nous fournir la division de notre thèse.

Dans une première section, nous étudierons les cas où la jurisprudence a voulu réformer la loi. Comment sera-t-elle amenée à le faire ? quel procédé emploiera-t-elle ? Le législateur, qui se place à un point de vue général, et ne voit pas vivre pour ainsi dire devant lui les résultats de la loi qu'il édicte, subit pourtant d'une façon incontestable l'influence des idées de son temps. Une loi, à moins qu'elle ne soit l'œuvre éphémère d'hommes à systèmes, est nécessairement le reflet des mœurs du pays. Mais cette influence des idées du temps s'exerce d'une façon bien plus directe encore sur les hommes chargés d'appliquer la loi : ici, l'antinomie, quand elle existe, n'est plus vague et théorique ; elle est vivante, et l'iniquité d'une loi n'apparaît vraiment que par l'iniquité des décisions qu'elle impose. La loi, d'autre part, ne peut suivre que de loin l'évolution des idées,

1. Continuation de Toullier, préface, p. 8.

et, qu'on nous passe l'expression, de temps en temps se mettre à les rattraper. On ne peut constamment changer la législation; les espèces des procès, au contraire, se présentent tous les jours, et le juge suit pas à pas l'évolution des mœurs. C'est ainsi, par exemple, qu'en face d'une situation économique nouvelle, la loi peut se trouver ne plus répondre aux nécessités du temps; le juge souvent n'attendra pas une réforme législative pour mettre, à l'aide d'une interprétation nouvelle, la loi au niveau de la nouvelle situation.

Dira-t-on que l'autorité judiciaire, enfermée par la Constitution dans des limites étroites, ne peut exercer le pouvoir dont nous parlons, et qu'elle doit, coûte que coûte, appliquer la loi telle qu'elle est? Oui, évidemment, en principe, et cela serait vrai absolument, si la loi pouvait être rédigée avec une précision qui ne laissât échapper aucune espèce et qui prévînt toute dissidence. Il n'en est pas, il ne peut pas en être ainsi : des formules générales ont nécessairement une élasticité qui laisse place à des différences d'interprétation. « Quoi qu'on « ait pu dire, écrit M. Valette, il y a une grande vérité « dans cet adage que l'interprétation (non purement « doctrinale, mais impérative) des lois est une fonction « législative. Qu'importent en effet les mots, les syllabes « qui composent un texte de loi ? C'est le sens qui est la « chose importante. *Quiconque interprète la loi à sa « volonté est législateur, comme « tout protestant est « pape une bible à la main*[1]. »

Nous croyons, en effet, que, dans nombre d'interprétations de la jurisprudence, les solutions ont été dictées moins par la conviction de répondre aux vues du législateur que par la considération de conséquences pratiques équitables.

1. Valette, *Mélanges*, tome 1, p. 201.

L'interprétation, dans laquelle on fait passer son opinion à la faveur de l'obscurité ou du vague avec lequel le législateur a manifesté la sienne, tel est le procédé le plus naturel et le plus général employé pour corriger dans une certaine mesure la loi

Ne peut-on pas encore considérer comme une sorte de triomphe de la pratique sur la loi, et comme une preuve qu'elle suit de plus près que celle-ci le développement des mœurs, ce fait que certaines dispositions sont tombées en désuétude ? Nous savons que, dans une législation qui n'admet pas le principe *consuetudo pro lege custoditur*, l'usage, pas plus qu'il ne peut fonder une loi, ne peut l'abroger ; mais il peut arriver qu'en pratique la loi reste à l'état de lettre morte. C'est ainsi que certains maximums en droit pénal ne sont plus appliqués, alors qu'il y a cinquante ans ils l'étaient fréquemment ; la loi, non réformée théoriquement, se trouve en fait adoucie. Nous n'avons pas à entrer ici dans les détails : nous trouverons des exemples dans le cours de notre travail.

Tels sont les deux procédés à l'aide desquels la pratique réforme la loi. Dans tous les exemples que nous étudierons, nous trouverons employé l'un ou l'autre de ces procédés. Nous signalons seulement ici que, suivant les tendances d'esprit ou les nécessités pratiques d'une époque, telle ou telle interprétation d'un même texte a prévalu, et que, suivant les mêmes tendances, telle disposition a été appliquée rigoureusement et régulièrement, ou ne l'a pas été.

Dans une deuxième partie, nous étudierons la seconde fonction que nous avons reconnue à la jurisprudence : suppléer au silence de la loi.

Avec les progrès de la civilisation, il nait des besoins juridiques nouveaux. De nouveaux rapports s'établissent,

des contrats se forment que le Code civil n'avait pas soupçonnés. Quand des difficultés se présenteront à propos de ces conventions nouvelles, que va faire le juge auquel ces difficultés seront soumises ? Va-t-il pouvoir se retrancher derrière le silence de la loi ? L'article 4 du Code civil le lui défend, sous peine de se rendre coupable de déni de justice. Il faudra donc qu'il juge, et qu'il applique une loi qui au fond n'existe pas [1]. Il rattachera tant bien que mal ces nouveaux rapports juridiques à des conventions prévues,et présentant avec eux plus ou moins d'analogie. Une telle situation se présente plus souvent qu'on ne pourrait le penser : on sait combien l'appareil législatif est long à mettre en branle, et la pratique, aux prises avec la nécessité du moment, ne peut attendre qu'il ait abouti. Les rédacteurs du Code la prévoyaient, et Portalis a dit : « Le juge est le ministre de la loi quand la loi a parlé, l'arbitre des différends quand elle se tait [2]. » Il y a là, nous semble-t-il, un champ important dans lequel le juge joue un rôle qui le rapproche du législateur.

Ainsi nous allons examiner successivement des cas où la jurisprudence, mue par des tendances d'esprit particulières et l'évolution des idées, a voulu réformer

1. Sous le régime révolutionnaire, la loi du 24 août 1790 (tit. II, art. 12) défendait aux tribunaux de faire des règlements, et leur ordonnait de *s'adresser au corps législatif toutes les fois qu'ils croiraient nécessaire, soit d'interpréter une loi, soit d'en faire une nouvelle.* « Cette loi, dit Locré, fit naître l'opinion également fausse et dangereuse que,quand les juges ne trouvaient pas un texte précis dans la loi, il ne leur était pas permis de prononcer d'après la seule équité ou d'après les usages. — L'erreur s'accrédita encore plus sous le régime de 1793, qui frappa de crainte les tribunaux. » L'art. 4 du C. civ. était édicté pour leur reconnaître ce droit et leur imposer ce devoir. (Locré, tome I sous l'art. 4, n° 1 : *Quel abus l'article 4 tend à réformer.)*

2. V. Locré, tome 1, pag. 207.

la loi *(corrigere)*, et ceux où, sous l'empire de nécessités pratiques, elle a dû se passer d'elle et en combler les lacunes *(suppleré)*. En un mot, nous étudierons par une suite d'exemples le rôle prétorien de la jurisprudence dans la législation française.

LIVRE I^ER

Droit civil et procédure

(PREMIÈRE FONCTION DE LA JURISPRUDENCE)

(Corrigere)

CHAPITRE Ier

DE QUELQUES TENTATIVES AVORTÉES D'INTERPRÉTATION PRÉTORIENNE.

Si, comme nous le pensons, la jurisprudence ne se contente pas toujours d'une interprétation rigoureuse de la loi, mais fait parfois passer entre les textes certaines théories qui répondent à ses propres préférences, une réflexion se présente tout d'abord à l'esprit. Il est absolument impossible que ce procédé ait, dans toutes les questions, été mis au service de la solution la meilleure; il a dû parfois être employé à faux par certains esprits. A côté des interprétations prétoriennes dictées par de hautes raisons d'équité ou par des nécessités absolues, il doit nécessairement se trouver des cas où des considérations inexactes ou insuffisantes ont guidé la jurisprudence dans des voies qu'elle a été forcée d'abandonner ensuite. Cela n'a pas en effet manqué de se produire. Ce sont ces essais avortés que nous nous proposons d'étudier dans ce premier chapitre.

Deux questions nous paraissent rentrer dans cette catégorie. Elles sont aujourd'hui absolument tranchées; mais leur solution a subi des fluctuations célèbres. Ce sont les deux questions de la nature des reprises de la femme dans la communauté, et du cumul de la quotité disponible avec la réserve. Sur ces deux points, des

solutions étaient depuis longtemps établies, sans qu'aucune objection s'élevât contre elles. Brusquement, la Cour de cassation, sous l'influence de son président, M. Troplong, vint renverser toutes les idées admises, et donna à ces deux questions une interprétation qu'on peut qualifier d'imprévue. La doctrine tout entière et la majorité des cours d'appel refusèrent de suivre la Cour suprême, et elle-même finit par revenir à l'interprétation naturelle.

Comment expliquer un pareil écart? Le texte de la loi, sur les deux points en question, est-il donc ambigu ou obscur? Non, évidemment, puisque, avant comme depuis cette jurisprudence passagère, il n'a soulevé aucune discussion. Une seule explication est possible. Les solutions que fit momentanément triompher le Président de la Cour de cassation étaient les conséquences d'une tendance de son esprit : il voulait un résultat, et faisait plier là-devant le texte de la loi.

Il n'a point réussi, mais parce que la jurisprudence ne l'a pas suivi ; s'il en eût été autrement, nous aurions aujourd'hui, *avec les mêmes textes, une loi différente,* et c'est ce qui a eu lieu pendant un certain nombre d'années : voilà qui nous démontre le pouvoir de fait de la jurisprudence. Nous étudierons, dans le reste de notre travail, des cas où l'interprétation jurisprudentielle, tout autant en désaccord avec les textes, mais répondant à des nécessités pratiques véritables, a pu s'établir. L'étude préalable de ces tentatives infructueuses nous fera toucher du doigt le pouvoir prétorien de la jurisprudence, les mobiles qui la poussent à l'exercer et les procédés qu'elle emploie.

§ 1er

QUESTION DE LA NATURE DES REPRISES DE LA FEMME.

La question de la nature des reprises de la femme est aujourd'hui résolue pour ainsi dire sans discussion ; jamais, d'ailleurs, une seule dissidence ne s'est produite dans la doctrine, et nous pourrions nous contenter d'indiquer la question sans la discuter. Mais plus la solution aujourd'hui triomphante est certaine, et nous pouvons dire évidente, plus nous aurons démontré d'une façon palpable que la jurisprudence a parfois la tentation de refaire et non d'interpréter la loi. Car la Cour de cassation a, sous l'influence de M. Troplong, admis dans un certain nombre d'arrêts [1] une doctrine qu'aucun interprète théorique du Code n'a jamais admise; il est vrai que cette jurisprudence n'a pu s'établir. Est-ce parce que l'entorse qu'elle donnait à la loi était trop forte ? N'est-ce pas plutôt parce que les tendances d'esprit qui l'avaient conseillée n'étaient pas générales, mais celles d'un homme, et que les considérations pratiques qui l'avaient décidée n'étaient point justifiées suffisamment ?

Cette dernière raison, à notre avis, est la vraie ; la jurisprudence a été vaincue par la jurisprudence même : la majorité des arrêts et jugements a toujours en effet été en désaccord, sur ce point, avec la Cour de cassation,

1. Civ. Cass. 15 février 1853. — Civ. Cass. 11 avril 1854. — Civ. rejet, 2 février 1855. — Civ. Cass. 8 mai 1855, etc... V. les arrêts cités (D. 58, 1, p. 5).

V. Troplong, *Contr. de mariage*, tom. 2.

et celle-ci a cédé. « ..... Si la Cour de cassation persistait à maintenir la doctrine de son arrêt du 15 février 1853, écrivait M. Bertin en 1854, il pourrait se faire qu'elle seule reconnût à la femme des droits que tous les tribunaux et toutes les cours se refuseraient à lui attribuer [1]..... »

Posons tout d'abord la question : la femme renonçante ou acceptante exerce-t-elle ses reprises sur la communauté *à titre de créancière*, ou bien *à titre de propriétaire*, et par préférence aux autres créanciers du mari ?

Pendant les cinquante premières années qui suivirent la promulgation du Code, on admettait sans conteste que la femme avait sur les biens de la communauté un simple droit de créance. — « Personne, ni à Bruxelles, ni à Turin, pas plus qu'à Paris, dit le procureur général Dupin, ne s'est imaginé que, dans le Code Napoléon, il y avait au profit de la femme un privilège qui l'autorisât à se faire payer de ses reprises mobilières par préférence aux autres créanciers [2]. » La Cour de cassation *se l'imagina* pourtant, et consacra cette théorie par une série d'arrêts : ce fut sa jurisprudence constante depuis 1853 jusqu'au fameux arrêt du 16 janvier 1858, où, sous la présidence même de M. Troplong, elle revint aux principes incontestables.

Sans nous attarder dans une démonstration cent fois répétée, nous devons faire justice de cette interprétation célèbre et éphémère, et rappeler les arguments qui prouvent d'une façon absolue que le droit de la femme est un simple droit de créance ; nous

1. *Le Droit*, 10 janvier 1854.

2. Conclusions du pr. gén. Dupin à l'audience solennelle du 16 janv. 1858 (D. 58, 1, p. 5 et suiv.).

essayerons ensuite de mettre en évidence que, si la théorie contraire a pu s'introduire et triompher quelque temps, ce résultat est dû uniquement à des motifs pratiques.

Dans le très ancien droit, la question ne pouvait pas se poser, parce que les reprises des époux ne se faisaient pas par voie de *prélèvement* avant partage, et nous allons voir que c'est ce procédé du prélèvement qui a permis à la théorie de Troplong de se faire jour. Voici ce qui se passait : ou la femme renonçait à la communauté, ou elle l'acceptait; dans les premiers cas, elle était simple créancière du mari pour ses reprises. Quand la femme acceptait la communauté, et que le partage devait s'ensuivre, au lieu de commencer par le prélèvement des reprises des époux, on commençait par le partage de la masse des biens ; les recours s'exerçaient ensuite entre les époux : c'est le procédé connu sous le nom de *mi-denier*, « parce que, dit M. Valette, chacun, en prenant sa part de communauté, se payait lui-même par confusion jusqu'à concurence de la moitié de sa créance [1]. » La femme d'ailleurs ne pouvait être actionnée au délà de son émolument.

Ce procédé avait l'inconvénient de multiplier les recours entre les époux ou leurs représentants, et la pratique lui substitua, pour la liquidation des reprises ou indemnités, le procédé des prélèvements avant tout partage. Cette manière d'opérer était usuelle au XVIII[e] siècle [2]. Le prélèvement était donc dans l'ancien droit *un procédé, un mode de liquidation* entre les époux, et la théorie que Trolong a soutenue sous l'empire du Code civil n'avait jamais été imaginée par les

1. Valette, *Mélanges*, I, p. 419.
2. Pothier, *Communauté*, n° 702.

anciens auteurs [1]. Pothier nous dit en en effet : la réalisation des meubles et leur exclusion de la communauté ne consistent que dans une créance de reprise de leur valeur. (Communauté n° 325.) C'est encore ce caractère de *procédé* de liquidation qui se retrouve dans dans les articles 1470, 1471 et 1472 du Code civil, comme cela résulte avec évidence des travaux préparatoires et de la comparaison des textes du Code avec les correspondants de la coutume de Paris [2]. Il ne faut pas y rechercher autre chose, et on ne l'avait pas fait.

La théorie adverse a pris dans ces textes et dans l'article 1493, qui tous ne règlent que les rapports entre les époux, certains mots auxquels elle a donné une importance extraordinaire ; dans telle ou telle expression peu précise, elle a vu que la femme avait un prétendu droit de copropriété, et a voulu ainsi lui concéder un privilège exorbitant. C'est d'abord le mot *prélèvement* (art. 1471). Les partisans du droit de copropriété de la femme disent ou plutôt disaient : la communauté est une masse indivise ; si le partage suppose la propriété de ce qu'on partage, le prélèvement suppose aussi la propriété de ce qu'on prélève. — Mais, si les biens des époux qui figurent dans la masse et qui s'y retrouvent en nature, sont, eux, véritablement prélevés, on doit bien se garder de confondre ces prélèvements en nature, et les prélèvements sur les biens indivis, qui ne sont qu'un procédé de liquidation et ne constituent que de simples créances. Pour faire justice de l'argument tiré

1. Il a été maintes fois démontré que les citations invoquées en sens contraire étaient mal comprises. (V. Pont, *Rev. crit. de législat. et de jurisp.*, t. IV, p. 522 et suiv.; v. aussi les conclusions du proc. général. Dupin dans Dalloz 1858, 1, p. 13.)

2. V. Locré, t. XIII, p. 349 et 352. — V. art. 225, 226, 228 et surtout 237 de la coutume de Paris.

du mot *prélèvement* employé par l'article 1471, il suffit d'indiquer que l'article 1470 s'exprime ainsi : « Sur la « masse des biens existants, *chaque époux prélève*, etc...» Les articles 1433, 1435 et 1436 emploient aussi ce même mot pour l'exercice des droits du mari et pour l'exercice des droits de la femme ; il n'est donc pas sérieux de vouloir fonder sur ce mot un privilège au profit de celle-ci.

Peut-on davantage faire état du mot *reprendre* employé par l'article 1493, ainsi conçu :

« La femme renonçante a le droit de reprendre : » 1° les immeubles à elle appartenant, lorsqu'ils existent « en nature, ou l'immeuble qui a été acquis en remploi; « 2° le prix de ses immeubles aliénés dont le remploi n'a « pas été fait et accepté comme il est dit ci-dessus; « 3° toutes les indemnités qui peuvent lui être dues par « la communauté. »

Ce second argument n'est pas plus sérieux que le premier. Le mot reprendre n'est pas un mot précis : il ne sert dans le langage du Code, comme retirer, réclamer, etc., qu'à indiquer l'exercice de diverses sortes de droits *réels* ou *personnels*, de *propriété* ou de *créance* [1]. Comment s'opéreront ces reprises ? Conformément au droit commun, car la loi n'y a pas dérogé. Ici encore, les partisans de la théorie adverse ont confondu les reprises qui s'exercent en nature, celles des biens dont l'époux est propriétaire, avec le surplus des reprises, telles que l'argent touché par le mari et qu'il a dépensé, des objets fongibles qu'il a consommés : pour ce surplus, la femme est propriétaire du droit d'en réclamer la valeur.

1. V. aussi les art. 1564 et suiv., qui emploient l'expression se faire restituer, plus énergique que le mot reprendre, en l'appliquant simplement à des *sommes dues*.

Le dernier argument est aussi facile à réfuter, et torture d'une façon aussi évidente le sens des textes : no n'allègue plus la prétendue copropriété de la femme ; mais on veut lui donner quand même un privilège et lui permettre d'effectuer ses reprises par préférence aux autres créanciers. Cet argument s'appuie sur les art. 1483 et 1494 : suivant le premier de ces articles, la femme acceptante n'est tenue que jusqu'à concurrence de son émolument ; or, dit-on, le remboursement de sa créance ne constitue pas cet émolument, qui ne peut être que le bénéfice tiré de la communauté. Si donc on l'assujétit, comme les autres créanciers, à n'avoir qu'un dividende proportionnel, on diminue son avoir personnel ; on la fait contribuer sur tout autre chose que son émolument. — Mais ce bénéfice d'émolument donné à la femme est purement et simplement l'analogue du bénéfice d'inventaire accordé à l'héritier : l'un et l'autre donnent à ceux qui l'invoquent l'avantage de n'être tenus des dettes que jusqu'à concurrence des biens inventoriés, de mettre à part leurs biens personnels, qui sont à l'abri des poursuites des créanciers, de pouvoir en conséquence « réclamer comme ceux-ci et concurremment avec eux « leurs propres créances ».

« L'article 1483, comme jadis les articles 221 et 228 « de la coutume de Paris, ajoute le procureur géné- « ral Dupin, donne à la femme, non pas une arme, mais « un bouclier [1]. » Il n'y a entre le texte de l'article 1483 et la conclusion qu'on prétend en tirer aucune relation.

On voit que, même s'ils n'étaient pas contredits par d'autres raisons, les arguments invoqués en faveur du droit de copropriété de la femme sont d'une extrême faiblesse. Que deviennent-ils en présence de textes qui donnent à cette théorie un démenti éclatant ?

1. *Loc. cit.*

C'est d'abord, en ce qui concerne la femme renonçante, à laquelle la jurisprudence accordait comme à la femme acceptante son exorbitant privilège, l'art. 1492, ainsi conçu : « La femme qui renonce perd toute espèce « de droit sur les biens de la communauté et même « le mobilier qui y est entré de son chef; elle retire « seulement les linges et hardes à son usage. » C'est en présence de ce texte qu'on lui reconnaissait la copropriété de la communauté.

L'article 1495 dit que la femme renonçante peut exercer « toutes les actions et reprises ci-dessus détail- « lées, tant sur les biens de la communauté que sur les « biens personnels du mari ». Il faudrait donc, pour être logique, assimilant avec la loi quant aux actions et reprises de la femme les biens de la communauté et ceux du mari, déclarer que la femme est copropriétaire des biens personnels du mari. Personne ne s'est imaginé de soutenir cela, et pourtant la conséquence est forcée.

Enfin, si la théorie que l'arrêt de 1858 a rejetée dans l'oubli était vraie, pourquoi ne pas l'appliquer à la femme du failli? Les articles du Code de com. affirment avec une telle énergie les vrais principes [1], que la jurisprudence n'a pas pu appliquer sa théorie en cas de faillite. Mais abandonner le système pour le cas de faillite, c'était le condamner pour le cas de déconfiture : est-ce que la faillite du mari aurait le pouvoir de transformer en simple créance un droit de propriété?

La vérité, évidente et depuis longtemps non contestée, est que les articles 1470 et suivants réglementent un simple procédé de liquidation entre les époux, procédé qu'ils empruntent à l'ancien droit : pour trouver dans

1. V. art. 557 et 558, 560, C. com.

ces textes ce qu'on y a trouvé, il a fallu le vouloir.

Et c'est bien en effet ce qui s'est passé. Pour arriver à des résultats pratiques que l'on voulait obtenir, on a inventé de toutes pièces un système juridique : l'extrême faiblesse des arguments de droit invoqués en est déjà une preuve ; de plus, il est facile d'apercevoir le résultat cherché.

Le premier résultat, et le plus important, de la théorie que nous apprécions est une protection très énergique de la femme. Cette considération de l'intérêt de la femme paraît l'idée prédominante du système. A la différence de la femme dotale, la femme commune n'a pas d'action contre son mari durant la communauté pour le forcer à effectuer un remploi, alors même que le remploi a été stipulé par contrat de mariage [1]. Si le mari refuse d'opérer le remploi, la femme n'a que son droit de prélèvement : « Il faut donc, dit M. Dareste (plaidoirie pour M. Moinet, « arrêt du 16 janvier 1858), *que le prélèvement soit pri-* « *vilégié* ; car, s'il ne constitue qu'une simple créance « sujette à contribution, le mari pourra le rendre illu- « soire en contractant des dettes [2]. »

Et plus loin il ajoute : « Il est vrai que la femme a « une garantie dans l'hypothèque légale que la loi lui « donne sur tous les immeubles de son mari ; mais il est « nécessaire de rappeler combien cette garantie est « insuffisante *aujourd'hui surtout, en présence de l'im-* « *mense accroissement de la richesse mobilière* [3]. »

Tel est donc le résultat qu'il faut atteindre : donner à la femme sur le mobilier une priorité analogue à celle que l'hypothèque lui fournit sur les immeubles. Et cela

1. V. Troplong, *Contrat de mariage*, tome II, n° 1073.
2. D., 58, 1, 5.
3. Id., *ibid.*

d'autant plus, que la richesse mobilière s'est accrue dans des proportions énormes ! Ainsi, par suite d'une évolution économique, les textes du Code ont changé de sens ! Nous verrons pourtant, dans le chapitre relatif à l'inaliénabilité de la dot mobilière, que cette considération a eu ailleurs une telle puissance. N'est-ce pas là un exemple frappant d'interprétation prétorienne ?

Le but à atteindre est au premier plan ; le système n'est qu'un moyen d'y parvenir, un prétexte plausible qu'on saisit avec empressement. Nous en trouvons encore la preuve en remarquant qu'il y a eu des tâtonnements et des dissidences dans la théorie de la jurisprudence, et que son système s'est présenté sous deux formes qui n'ont de commun que le résultat : la protection de la femme. Tantôt on reconnaît à la femme un droit de copropriété : c'est le système qui invoque les mots *prélèvements* des articles 1470 et suivants, et *reprend* de l'article 1493 ; tantôt, et l'argument tiré du bénéfice d'émolument appartient à cette seconde forme de la théorie, on reconnaît que la femme n'est qu'une créancière ; mais elle exerce ses reprises par privilège, au lieu de venir seulement par contribution sur le prix des meubles et par ordre d'hypothèque sur les immeubles. On voit par ces variations qu'on tenait plus au résultat à obtenir qu'aux moyens de le justifier.

Une seconde considération pratique militait encore en faveur du système de la jurisprudence. C'était là un expédient pour écarter les prétentions du fisc, qui réclamait des droits de mutation lorsque la femme *renonçante* était payée de ses reprises par l'abandon de biens de l'ancienne communauté. « Grâce au droit de copropriété, « la femme ne prenait en réalité que son propre bien ; il « n'y avait là aucune translation *a novo*, aucune dation « en paiment résultant d'un nouvel acte consenti au

« créancier par le débiteur, et par conséquent le droit « de mutation n'était pas dû » (Valette) [1].

Tels sont les deux motifs principaux qui ont pu entraîner les magistrats à une interprétation manifestement contraire aux textes. Mais nous verrons que des considérations analogues ont sur d'autres points fait admettre des interprétations aussi peu justifiées théoriquement, et qui paraissent pourtant définitivement établies : d'où vient qu'ici la solution prétorienne n'a pu triompher ?

La dernière considération pratique, l'exonération des droits de mutation, était vraiment trop accessoire pour faire passer une théorie aussi subversive. Il y a plus, le résultat peut être obtenu sans cela. D'abord, la question ne se pose que pour la femme renonçante ; car, lorsque la femme accepte, le prélèvement en nature n'est qu'un élément du partage, et, par conséquent, ne donne pas lieu au droit proportionnel de mutation. Et il suffit de remarquer que la femme qui veut renoncer a un moyen très simple d'éluder le paiement du droit proportionnel : elle n'a qu'à accepter, à faire ses prélèvements comme copartageante et à abandonner le surplus. Ce parti ne peut lui préjudicier, puisqu'elle pourra toujours se retrancher derrière le bénéfice d'émolument.

Quoi qu'il en soit, une considération fiscale était impuissante à faire admettre un système qui bouleversait le droit civil.

L'idée d'une protection énergique de la femme a souvent guidé les juges, et nous la retrouvons dans un grand nombre de décisions, par exemple dans les arrêts

1. Valette, *loc. cit.*, p. 425. — L'arrêt de cass. du 8 mai 1855, D., 55, 1, p. 167, intervint à propos du droit d'enregistrement ; *id.* arrêt du 2 janvier 1855.

de la Cour de Paris du 17 novembre 1875 et du 6 décembre 1877, d'où il ressort qu'une femme peut, dans son contrat de mariage, et quel que soit son régime matrimonial, se rendre incapable soit de cautionner son mari, soit en général de s'obliger, quoiqu'une telle clause, restrictive de la capacité, soit évidemment contraire à l'ordre public. Cette idée de protection, nous la retrouvons encore, et là triomphante, dans la jurisprudence inébranlable qui admet l'inaliénabilité de la dot mobilière.

Mais, sur le point qui nous occupe, outre que l'on violentait vraiment trop les textes, la protection donnée à la femme dépassait la mesure. On sacrifiait trop la puissance maritale; on sacrifiait trop les droits des tiers. La jurisprudence a fini par reculer devant la création de toutes pièces d'un privilège. Suivant le langage peut-être un peu trop littéraire du procureur général Dupin, « sous le régime de la communauté, la femme, « blottie dans un coin de la maison conjugale, y guettait les créanciers de son mari pour devenir plus tard « la cause de leur ruine, en venant tout à coup, par un « retour offensif que rien n'autorise et dont rien ne les « avertit dans la loi, prendre avant eux, par privilège et « à leur exclusion, toutes les valeurs mobilières et les « conquêts de la communauté, c'est-à-dire l'actif même « dont le mari se parait vis-à-vis d'eux pour obtenir « leur argent, et qui composaient au dehors l'armure et « l'amorce de son crédit [1]. »

Ajoutons que, comme toute protection exagérée, cette sauvegarde devait tourner contre ceux-là mêmes qu'on voulait protéger : le crédit du ménage en recevait une atteinte considérable.

Ainsi, en résumé, pour obtenir un résultat qui

1 *Loc. cit.* (D. 58, 1, p. 12).

paraissait nécessaire, on avait donné passage à une théorie qui était bien plus le reflet de tendances d'esprit des juges qu'une interprétation de la loi. Ces tendances, étant exagérées, n'ont point été partagées ; la théorie a péri plus par là que par son indépendance envers les textes de la loi.

§ 2

QUESTION DU CUMUL DE LA RÉSERVE AVEC LA QUOTITÉ DISPONIBLE.

L'histoire de cette question offre une grande analogie avec la précédente : même clarté de textes, d'abord interprétés dans leur sens évident ; même éclipse de l'interprétation naturelle, pour des considérations de même ordre ; même retour unanime à la vérité. Ajoutons que nous retrouvons là les personnalités de MM. Troplong et Dupin.

Nous adopterons donc la marche que nous venons de suivre : position de la question, justification du sens clair et naturel des textes, histoire des variations d'interprétation, et réfutation de la théorie du cumul,— raisons qui l'avaient fait naître et motifs qui l'ont empêchée de s'établir.

La situation qui a donné naissance à cette controverse est la suivante. Un défunt a fait au profit de l'un de ses héritiers réservataires une donation ou un legs qui excède la quotité disponible. Deux questions se posent : 1° dans quelles limites cet héritier réservataire pourra-t-il retenir le don à lui fait, ou réclamer son legs ; — 2° la libéralité s'imputera-t-elle sur la réserve ou sur la quotité disponible ?

Aucune difficulté n'est possible si l'héritier accepte : suivant que la libéralité a été faite sans clause de préciput, ou au contraire avec dispense du rapport, l'héritier en rapportera ou n'en rapportera pas le montant à la succession. Dans le premier cas, elle s'imputera sur la réserve du donataire ; car elle perd par l'acceptation de l'héritier son caractère de libéralité, ayant été faite par simple avancement d'hoirie. Au contraire, s'il y a clause de préciput, l'héritier cumulera ses deux qualités d'héritier réservataire et de donataire, le don qu'il a reçu et sa réserve. Bien évidemment, ce don s'imputera alors sur la quotité disponible.

C'est donc seulement au cas de renonciation que la difficulté peut être soulevée. Dans ce cas de renonciation, que se passe-t-il ?

Un premier système se présente tout naturellement à l'esprit : l'héritier réservataire et donataire, par sa renonciation, cesse d'être héritier, répudie cette qualité ; il ne subsiste sur sa tête que celle de donataire, et, comme on ne peut être donataire au delà de la portion disponible, la libéralité à lui faite ne pourra dépasser cette quotité et s'imputera sur elle.

La jurisprudence paraissait fixée en ce sens par un arrêt célèbre de la Cour de cassation du 18 février 1818, dit arrêt Laroque de Mons.

Puis la Cour de cassation consacra par quelques arrêts, notamment par celui du 25 mars 1834 (arrêt Castille), un second système : le réservataire renonçant ne peut, comme dans le premier système, retenir son don ou réclamer son legs que dans les limites de la quotité disponible ; mais la libéralité s'impute sur sa réserve, et subsidiairement sur la quotité disponible.

Enfin la même Cour finit par décider que l'enfant renonçant peut cumuler sa réserve et la quotité disponible [1].

La Cour suprême, par un arrêt des Chambres réunies du 27 novembre 1863 [2], est revenue au système du non-cumul, tel que l'avait consacré l'arrêt Laroque de Mons. Depuis cette époque, la jurisprudence n'a plus varié.

En ne considérant que la loi dans son texte et dans son esprit, un doute est-il possible entre ces trois systèmes ? Non ; le premier, qui n'est même plus discuté aujourd'hui, est seul admissible. Nous allons essayer de l'établir le plus brièvement possible, et nous aurons à rechercher ensuite comment la Cour de cassation a pu se laisser entraîner à abandonner une interprétation que l'on peut qualifier d'évidente [3].

Il résulte, avons-nous dit, d'une façon claire et certaine des textes que l'héritier réservataire qui, ayant reçu une libéralité, renonce à la succession, ne peut retenir cette libéralité que jusqu'à concurrence de la portion disponible, et qu'elle s'impute sur cette quotité :

1° L'article 913 divise le patrimoine du père de famille en deux parties : la quotité disponible et la réserve, portion indisponible qui forme la succession ab intestat, et ne peut être dévolue que comme telle à des héritiers, à raison seulement de cette qualité

1. V. Cass. 17 mai 1813, — 21 juillet 1846, — 21 juin 1848, — 17 juillet 1854, — 23 juin 1857, — 23 juillet 1856, — 25 juin 1859, — et quelques arrêts de Cours d'appel.

2. Sir. 1863, 1, 513 et id. 1880, 1, 97 (arrêt de la Cour de cass. du 10 novembre 1880).

3. V. principalement Demolombe, *Donat. et testam.*, tom. 2, liv. III, tit. II, chap. III, n°s 49 et suiv.

d'héritiers. Aux termes de l'article 785, l'héritier qui renonce est censé n'avoir jamais eu cette qualité ; donc il n'a aucun droit sur cette succession ab intestat et devient un étranger.

2° Cette assimilation de l'héritier qui renonce à un étranger est consacrée en termes formels par l'art. 845, ainsi conçu :

« L'héritier qui renonce à la succession peut cepen-
« dant retenir le don entre vifs ou réclamer le legs
« à lui fait *jusqu'à concurrence de la quotité dispo-*
« *nible.* »

On peut se demander comment on a pu, en présence de ce texte, admettre un instant la théorie du cumul.

Au moins y a-t-il d'autres textes présentant une certaine contradiction avec ceux-ci, et permettant d'échapper à leur invincible précision ? Nullement.

Où trouve-t-on dès lors les arguments invoqués par les deux théories opposées, qui au fond n'en font qu'une, l'une n'étant qu'un acheminement vers la plus absolue, la théorie du cumul. Ces arguments sont de deux sortes : les uns cherchent à échapper aux articles formels du Code, non pas en leur en opposant d'autres qui n'existent pas, mais en ressuscitant des textes et des théories de l'ancien droit. Une autre série d'arguments invoque l'équité, l'intérêt de l'enfant, en un mot des raisons d'ordre général. Ce sont ces derniers arguments qui sont les principaux, les autres n'étant là que pour lutter par des textes contre les textes ; mais les derniers sont la base même de la théorie : s'ils ne sont pas probants, au moins peut-on dire qu'ils sont sincères.

Les arguments d'ordre historique sont tirés de la novelle 92, que nos anciennes provinces de droit écrit avaient admise, et qui consacre la théorie du cumul. La jurisprudence des provinces coutumières suivait la

même doctrine, et Dumoulin l'enseignait; mais ces règles sont celles de l'ancienne légitime. Ce n'est pas l'ancienne légitime que le Code civil a consacrée, mais bien l'ancienne réserve coutumière. Et Pothier écrit : « Cette « légitime coutumière des quatre quints des propres « diffère de la légitime de l'ancien droit. Celle-ci est due « aux enfants en leur qualité d'enfants, lesquels, en « conséquence, peuvent l'avoir, au moins *jure retentionis*, quoiqu'ils aient renoncé à la succession. — « Au contraire, la légitime coutumière est due aux « héritiers uniquement en leur qualité d'héritiers; « *c'est pourquoi, entre plusieurs qui sont appelés à une succession, ceux qui y renoncent pour se tenir à leurs legs ne peuvent avoir aucune part dans les quatre quints des propres que la coutume réserve aux héritiers* [1] ».

Or, c'est cette réserve coutumière que le Code civil admet et consacre, puisque l'article 913 est conçu dans les mêmes termes que l'article 292 des coutumes de Paris et d'Orléans sur les réserves coutumières.

L'argument tiré de l'ancien droit en faveur de la théorie du cumul se trouve donc balancé par l'ancien droit lui-même Entre les deux institutions qui se partageaient à cet égard l'ancien droit, on choisit celle que le Code a répudiée. Il est permis de comparer ces deux systèmes si l'on discute en législation; mais cet argument ne peut servir contre les textes du Code. On veut faire revivre un système qui a pu régner jadis, contre le Code, qui l'a abandonné : ce n'est plus là de l'interprétation.

Il en est de même du second ordre d'arguments

1. Pothier. Introd. au tit. XVI de la cout. d'Orléans, n° 53. V. aussi id. *Donations entre vifs*, section III, art. V, § 1er.

invoqués contre la théorie qui paraît naturellement découler des textes; ce sont les arguments tirés des considérations pratiques. Comme dans toutes les solutions qui ne sont pas la vraie application des textes, ils tiennent ici une place prépondérante. Les résultats auxquels on veut échapper sont les suivants :

Avec le système du Code, imputation du don ou legs sur la quotité disponible, l'enfant donataire ou légataire par simple avance d'hoirie peut rendre à son gré la libéralité imputable sur la réserve s'il accepte, sur la quotité disponible s'il renonce. De là, la conséquence suivante, que l'on veut à toute force éviter : l'enfant, en renonçant peut rendre caduques toutes les libéralités postérieures. « On ne saurait, dit un arrêt, considérer « comme indisponibles dans les mains du père les biens « réservés à ses enfants par la volonté de la loi, dont la « donation ne fait que reconnaître et hâter le bienfait [1]. Par ce fait, la puissance paternelle reçoit, dit-on, une grave atteinte, puisque le père ne peut plus faire le moindre acte de libéralité sans demander pour ainsi dire la permission de son enfant, déjà donataire sans dispense de rapport. Cela se retourne d'ailleurs contre les enfants, les parents devant se montrer moins portés à leur donner un semblable pouvoir. « Il y a là un » résultat qui, dit M. Troplong, ne tend à rien moins « qu'à paralyser l'autorité paternelle, à renverser toute « l'économie de ses dispositions, à rendre sa pré- « voyance vaine et méprisée. » En second lieu le principe de l'irrévocabilité des donations est violé, puisque l'enfant peut, par sa renonciation, rendre caduques les libéralités postérieures à la sienne.

Ce double but, maintenir l'autorité paternelle, sau-

1. Cass. 25 juill. 1859.

vegarder le principe de l'irrévocabilité des donations, telle est la base, la seule raison d'être des systèmes de l'imputation sur la réserve et du cumul.

Cela est si vrai, qu'on a cherché d'autres moyens pour arriver au même but. Marcadé, par une doctrine restée isolée, et que M. Demolombe qualifie d'énormité, enseigne que la donation entre vifs faite en avancement d'hoirie, n'est pas irrévocable, et qu'elle doit être sujette à réduction avant toutes les autres donations que le père aurait pu faire postérieurement [1].

Lorsqu'on voit ainsi plusieurs essais de systèmes peu solides en théorie conduire à un même résultat, on peut être sûr que ce résultat était un but, et que les interprètes de la loi n'ont cherché que des expédients pour l'atteindre.

Le système du non-cumul est-il en législation le meilleur? Les inconvenients en sont réels ; ils sont la seule cause de la naissance des systèmes contraires. S'ils eussent eu toutefois l'importance que certains leur attribuaient, il est certain que les systèmes aujourd'hui tombés dans l'oubli auraient triomphé. Mais il faut remarquer tout d'abord que le danger des renonciations frauduleuses est pallié par la disposition de l'article 780, qui considère comme acceptant l'héritier qui se serait fait payer sa renonciation.

D'autre part, le système du cumul entrainait des inconvénients, pour le moins aussi graves que ceux de la théorie du Code. Avec le cumul, en effet, un enfant peut transformer la libéralité qu'il a reçue en une libéralité préciputaire : il lui suffit pour cela de renoncer à la succession. La volonté du père de famille sera par là méconnue ; l'enfant sera préciputaire sans clause de préciput, réservataire sans être héritier.

1. Marcadé, sous les art. 845 et 919, n° 4. — Demol., *op. cit.*, n° 57.

Ainsi, les théories que l'on a voulu substituer au système découlant clairement du Code étaient insuffisamment justifiées quant à leurs avantages ; c'est là la seule raison qui les a empêchées de s'établir d'une façon définitive.

Dans les deux questions qui viennent d'être étudiées, il est incontestable que la jurisprudence a tenté de refaire la loi. Tous les auteurs qui combattent ses solutions lui font ce reproche. Il n'est pas téméraire d'affirmer qu'elle y serait parvenue si les motifs pratiques eussent été assez puissants et assez incontestables. Le triomphe temporaire de ces systèmes contraires à la loi démontre bien que, dans d'autres cas où les raisons sont graves et universellement admises, de tels systèmes peuvent triompher d'une façon définitive.

CHAPITRE II

EXEMPLES OÙ L'INTERPRÉTATION PRÉTORIENNE S'EST MAINTENUE.

Des deux exemples qui font l'objet du précédent chapitre, on pourrait être tenté de tirer la conclusion suivante : la jurisprudence peut essayer de réformer la loi suivant ses propres tendances ; mais l'événement prouve qu'elle n'y peut réussir, et qu'une interprétation dictée par un tel esprit ne saurait triompher, et s'établir d'une façon définitive. Une telle conclusion serait absolument erronée.

Il ne faut pas perdre de vue que, parmi les organes qui interprètent la loi, la jurisprudence seule peut donner une sanction pratique à ses solutions; si donc ces solutions répondent à des tendances bien constatées, il est certain qu'elle les fera triompher; si l'on se trouve en présence, non plus de velléités répudiées par la jurisprudence elle-même, mais d'une volonté constante et bien arrêtée, il est évident que la doctrine ne pourra que protester d'une façon platonique. Ce fait s'est-il réalisé ? La réponse à cette question nous mène au cœur même de notre étude.

§ 1er

INALIÉNABILITÉ DE LA DOT MOBILIÈRE SOUS LE RÉGIME DOTAL.

L'idée de la protection des droits pécuniaires de la femme mariée a tenu de tout temps une large place dans les préoccupations des juristes. On peut même dire que l'évolution du droit s'est faite dans le sens d'une protection plus efficace.

La première manifestation de cette tendance remonte à Auguste. Avant cette époque, le mari, propriétaire de la dot, *dominus dotis*, avait sur cette dot des droits absolus. Sous Auguste, la loi Julia vint apporter une première et notable exception à ces droits. Elle défend au mari d'aliéner les immeubles dotaux sans le consentement de sa femme [1]. Conséquence nécessaire : les immeubles dotaux ne pouvaient être usucapés ; autrement le mari, qui avait seul l'exercice des actions, eût eu un moyen trop facile d'éluder la loi.

Par cette loi Julia, la femme est protégée dans une certaine mesure contre son mari ; elle ne l'est point contre ses propres entraînements. Cette idée de protection de la femme contre elle-même, idée qui, comme nous le verrons, est aujourd'hui au premier plan, fait son apparition en droit romain à propos de l'hypothèque. La loi Julia, s'il faut en croire Justinien, un acte législatif postérieur, d'après l'opinion des interprètes récents, défend au mari d'hypothéquer la dot *même du consentement de sa femme*. On considère que l'hypothèque, acte qui dépouille non immédiatement, quoique d'une

1. Gaius, II, 63 ; 4, Dig. *de fundo dotali*, XXIII, 5.

manière aussi certaine que l'aliénation, est plus dangereuse pour la femme, et on lui défend de donner un consentement dont elle peut ne pas prévoir les conséquences. Justinien étend à l'aliénation la règle de l'hypothèque ; il étend à tout l'empire la loi Julia, dont l'application à d'autres fonds que les fonds italiques était au moins douteuse [1]. Dès lors, le principe de l'inaliénabilité des immeubles dotaux se trouve posé comme conséquence de l'idée que la femme doit être protégée même contre ses propres entraînements.

Le consentement de la femme à un acte qui procure des ressources au mari et au ménage, mais a pour conséquence de la dépouiller dans la suite, ne paraît pas pouvoir présenter les caractères d'un consentement libre et donné en connaissance de cause.

D'autres mesures indiquent bien que le but principalement visé est la protection de la femme contre la ruine, qu'elle pourrait encourir du chef des obligations contractées *pour son mari*. Des édits d'Auguste et de Claude [2] défendent aux femmes mariées d'*intercedere pro viris suis*. Le sénatus-consulte Velléien, poussant plus loin l'idée et la détournant même de son sens, vint défendre à toutes les femmes l'*intercessio pro alio*.

Sous Justinien, on revient à l'idée primitive et juste : il ne s'agit plus de protéger la femme en général *propter sexus imbecillitatem*, mais seulement la femme mariée contre l'influence exagérée que peut exercer sur elle son mari pour l'entraîner à des obligations ruineuses. Dans la législation de Justinien, l'*intercessio* de la femme au profit d'un tiers est valable en principe ; celle au profit du mari est nulle, à moins qu'il ne soit établi qu'elle a tourné à l'avantage de la femme.

1. Gaius, II, 63.
2. 2 pr. D., *Ad. senat., Vell.* XVI, 1.

Ainsi réduite, l'incapacité velléienne n'apparaît plus que comme un moyen de garantir le patrimoine de la femme mariée. Elle est un complément indispensable du principe de l'inaliénabilité dotale ; cette inaliénabilité ne serait qu'un vain mot si la femme pouvait s'obliger personnellement pour son mari, le cautionner : la dot ne serait conservée durant le mariage que pour être immédiatement absorbée à la dissolution du mariage, comme gage de l'obligation personnelle de la femme. L'inaliénabilité n'existe que si l'aliénation indirecte n'est pas plus possible que l'aliénation directe. L'incapacité du velléien est donc le complément nécessaire d'une prohibition efficace d'aliéner la dot.

Quel a été, dans l'ancien droit français, le sort de ces deux prohibitions : inaliénabilité de la dot, incapacité pour la femme de cautionner son mari ?

Le sénatus-consulte velléien a été connu et appliqué avec plus ou moins de rigueur dans les pays de droit écrit, et même dans les pays de coutume ; mais la clause de renonciation à son bénéfice devint fréquente, puis de style. Enfin, il fut aboli en 1606 par Henri IV, pour les pays de droit écrit et les pays de coutumes. Louis XIV l'abolit en 1683 pour la Bretagne et en 1703 pour la Franche-Comté. Pourtant, dans les pays de droit écrit, sa suppression ne fut pas absolue : le roi, au moyen des lettres de restitution, pouvait le faire revivre.

Ainsi, la prohibition générale pour la femme, quel que soit le régime matrimonial, de s'obliger pour son mari, paraît avoir subi une certaine décadence. Mais elle continua d'avoir son entier effet en ce qui concerne la dot sous le régime dotal : dans les pays de droit écrit et en Normandie, l'inaliénabilité dotale était absolue, et l'on n'admettait pas que les obligations contractées par la femme durant le mariage pussent, après sa dissolution, être exécutées sur le fonds dotal.

De plus, dans la plupart des pays de droit écrit, l'inaliénabilité s'étendit à la dot mobilière, du moins en ce sens que la femme ne pouvait renoncer à l'hypothèque légale qui en assurait la reprise, et que les obligations de la femme ne pouvaient s'exécuter sur cette dot.

Telle était la législation du régime dotal quand le législateur moderne eut à la règlementer.

Les premiers projets du Code civil écartaient complètement le régime dotal, à cause de l'inaliénabilité qu'il entraînait, et qui paraissait contraire au principe de liberté des biens qu'avait proclamé la révolution. Le dernier projet organisait le régime dotal, mais sans admettre l'inaliénabilité. L'article 138 était ainsi conçu : « Les immeubles constitués en dot ne sont point inalié-« nables. Toute convention contraire est nulle. » Une telle disposition était la négation du régime dotal. Le Code civil, admettant ce régime, devait admettre l'inaliénabilité, et c'est ce qui eut lieu en effet.

Quelle est, en pure interprétation théorique, la portée de ce principe dans le Code civil? Quelle portée lui donne la jurisprudence? Telle est la double question qu'il reste maintenant à étudier.

Tout d'abord, que disent les textes? La rubrique de la section est celle-ci : « Des droits du mari sur les « biens dotaux et de l'inaliénabilité du *fonds dotal.* » L'article 1554, qui pose la règle de l'inaliénabilité, s'exprime ainsi : « Les *immeubles* constitués en dot ne « peuvent être aliénés ou hypothéqués pendant le « mariage..... sauf les exceptions qui suivent. » Après l'énumération de ces exceptions vient l'article 1560, qui porte : « Si, hors les cas d'exception qui viennent d'être « expliqués, la femme ou le mari ou tous les deux con-« jointement aliènent le *fonds dotal*, la femme ou ses « héritiers pourront faire révoquer l'aliénation..... »

Une conséquence paraît évidemment sortir de l'examen des termes de ces textes : la loi n'édicte l'inaliénabilité que pour la dot immobilière. L'article 1554 exprime la prohibition pour les seuls immeubles. Les articles 1555 et 1556, qui énumèrent les cas exceptionnels où l'aliénation est possible, emploient à la vérité l'expression générale de biens dotaux ; mais il est évident que l'exception ne peut être plus étendue que la règle, et que ces articles ne peuvent vouloir viser que ceux des biens dotaux qui viennent d'être déclarés par l'article précédent inaliénables en principe. L'opposition que la rubrique fait entre les immeubles et les biens dotaux en général montre bien, d'ailleurs, qu'ils sont soumis à un régime particulier, qu'eux seuls sont inaliénables.

Malgré la limpidité de ces textes, une jurisprudence constante et inébranlable pose le principe de l'inaliénabilité de la dot même mobilière : comment justifie-t-elle son système, comment doit-il au fond s'expliquer ?

La jurisprudence s'appuie d'abord sur un argument historique : dans les pays de droit écrit, l'inaliénabilité, en droit romain applicable aux seuls immeubles, avait été étendue aux meubles. Mais cette extension n'a été ni générale ni absolue : si l'on cite des auteurs anciens qui semblent l'admettre comme une règle, d'autres ne la signalent que comme une exception. Domat dit que, *dans quelques provinces*, la dot mobilière est protégée au même titre que la dot immobilière.

Il y avait donc, tout au moins, divergence dans l'ancien droit. Même si les textes n'étaient pas formels, il ne serait pas probable que le Code, peu favorable au régime dotal, et dont le projet consacrait même l'aliénabilité absolue, eût opté pour le système le plus rigoureux. Mais nous avons vu qu'il a exprimé son choix d'une façon bien nette et bien claire.

Et c'est tout : la jurisprudence n'a pas, à l'appui de son système, d'autre argument de discussion scientifique. Mais reste le principal argument, la seule raison d'être au fond du système, c'est l'argument utilitaire. La protection accordée à la femme serait, dans un grand nombre de cas, inefficace si elle se limitait à la dot immobilière, alors que souvent l'actif mobilier constitue la plus grande partie de la dot. Cela est vrai surtout depuis que la richesse mobilière a pris un grand développement.

Nous n'avons pas à discuter la force de cet argument ; il nous suffira de prouver qu'il est la base véritable du système. Car c'est un de ces arguments tirés de nécessités pratiques et de conditions économiques qui sont par eux-mêmes la preuve en même temps que le moyen d'exercice d'un pouvoir prétorien. La théorie de l'inaliénabilité de la dot mobilière n'est que la dernière manifestation de l'évolution du droit tendant à une protection toujours plus efficace des droits de la femme ; cette théorie n'a pas d'autre but ni d'autre base : les considérations qui suivent en sont la preuve.

En premier lieu, ce système, en contradiction flagrante avec les textes, est celui *de la jurisprudence*. Les auteurs, plus préoccupés de l'interprétation scientifique et moins touchés par la pratique, le condamnent.

Les raisons invoquées sont des raisons pratiques ; les arrêts sont concluants à cet égard. « Considérant, dit l'un de ces arrêts..... « qu'il est de l'essence du régime « dotal d'assurer la conservation de la dot, en mettant la « femme en garde contre sa propre faiblesse, et sur ce « que les progrès de la civilisation avaient donné aux « valeurs mobilières une importance qu'elles n'avaient « pas dans l'antiquité..... [1] »

1. Arrêt d'Amiens rapporté dans Dalloz (*Répert.* v° *Contrat de mariage*, n° 79).

Ainsi, idée préconçue de protéger la femme « contre sa propre faiblesse », telle est la base sur laquelle on s'appuie ; et, pour que cette protection fût efficace, avec les transformations économiques qui ont mis sur le même pied que la richesse immobilière la richesse mobilière, il a fallu étendre à celle-ci les règles de la première.

Au surplus, tout concourt à prouver que tel est le but auquel tend la jurisprudence, et que la théorie de l'inaliénabilité n'est qu'un moyen pour arriver à ce but.

En premier lieu, nous allons voir que le système de la jurisprudence n'est aucunement logique dans ses déductions : après avoir proclamé le principe de l'inaliénabilité absolue de la dot, on n'en tire pas toutes les conséquences ; on se contente de celles qui aboutissent à la protection de la femme, protection qui est la seule raison d'être du principe. D'autre part, on a cherché à arriver au même but par d'autres moyens avec un autre système : tout cela montre bien que ce but est au premier plan, et que les systèmes ne sont inventés que pour justifier un résultat.

Exprimons tout d'abord le résultat atteint et cherché. Il est le suivant : la femme ne peut, durant le mariage, s'obliger sur sa dot mobilière, et spécialement elle ne peut céder la créance qui lui appartient contre son mari de ce chef, ni se dépouiller par voie de renonciation, de cession ou de subrogation de l'hypothèque légale qui garantit la restitution de cette dot [1]. Un arrêt de la Cour de cassation pose résolument cette conséquence comme étant le nœud même et le seul objectif de tout le système. Les considérants de cet arrêt portent en propres termes que « la règle de l'inaliénabilité

1. V. arrêt C. de Nîmes, 11 janv. 1882 (Sir., 82, 2, 137).

« quant à la dot mobilière se traduit dans l'impuissance « légale de renoncer, même avec l'autorisation de son « mari, aux créances résultant pour elle (la femme) de « la responsabilité encourue par celui-ci dans l'exer- « cice du pouvoir d'administration qui lui appartient [1]. »

Ces considérants expriment bien la véritable pensée de la jurisprudence. Elle admet en effet une solution qui paraît difficile à concilier avec le système de l'inaliénabilité de la dot mobilière : *le mari peut aliéner cette dot*. Comme dit encore un arrêt : « le principe de l'ina- « liénabilité de la dot mobilière ne porte aucune atteinte « au pouvoir conféré au mari de disposer de cette dot. » Le mari, en effet, est administrateur de la dot ; et, quand il s'agit du moins d'un patrimoine mobilier, il est impossible de concevoir une administration sans aucun pouvoir d'aliénation. Cela est vrai, non seulement pour le mobilier corporel, mais aussi pour les créances. Le mari administrateur peut être amené à aliéner ces créances, soit pour éviter une perte, soit pour les besoins du ménage. Un arrêt déclare même valable la cession d'une rente viagère apportée en dot moyennant un capital nécessaire aux besoins immédiats du ménage. De même, tout droit réel de nantissement conféré par le mari à des tiers sur le mobilier corporel dotal doit être maintenu.

Que cette solution, qui permet au mari d'aliéner ou de grever d'un droit réel le mobilier dotal soit équitable, nécessaire même, c'est incontestable. Mais est-il bien logique de poser un principe et de reculer devant ses conséquences, de proclamer *l'inaliénabilité* de la dot mobilière, et d'ajouter ensuite que « cette inaliénabilité

1. 6 déc. 1859 (D., 59, 1, 501).

ne saurait aller »[1] jusqu'à empêcher l'aliénation par le mari ?

C'est là, semble-t-il, un exemple incontestable d'interprétation où la préoccupation des conséquences pratiques tient une plus large place que le souci de la déduction rigoureusement logique. Il est curieux, à cet égard, de voir la place qu'occupent dans les arrêts rendus en la matière les considérations de fait, l'intérêt de la famille, les nécessités de l'état social et l'utilité générale.

On a d'ailleurs cherché à arriver par d'autres voies aux mêmes résultats. Nous trouvons encore ici M. Troplong. Voici son système : La dot mobilière est aliénable, et pourtant la femme ne peut renoncer valablement à son hypothèque. Comment justifier alors cette proposition, à quel principe la rattacher ? L'hypothèque, dit M. Trolong, est un droit immobilier ; or, les *immeubles dotaux sont inaliénables;* donc la femme ne peut renoncer à son hypothèque, c'est-à-dire l'aliéner[2]. Mais la fausseté de ce raisonnement est tellement évidente, que le système de Troplong n'a pas rencontré un seul adepte. L'hypothèque en effet n'est qu'un droit accessoire, et il est évident que, si la femme peut aliéner le principal, ses reprises dotales, elle pourra céder l'hypothèque qui les garantit, subroger et y renoncer. Cela est si vrai que, le mari, qui peut, comme administrateur, céder les créances dotales, est sans aucune contestation autorisé à céder les hypothèques qui les garantissent.

Le système de Troplong est donc absolument insoutenable. Si l'on veut que la femme ne puisse se

1. Cass. 4 août 1856 (D. 56, 1, 335).
2. Troplong, iv, 3, 265.

dépouiller des sûretés qui garantissent sa fortune mobilière dotale, il faut de toute nécessité poser le principe que la dot mobilière est inaliénable, quitte à n'en déduire que les conséquences qui paraissent équitables et utiles. C'est ce qu'a fait la jurisprudence.

Son système, système tout de fait et de pratique, est en résumé celui-ci :

La dot mobilière est inaliénable : voilà le principe ; mais le mari a le droit de disposer des meubles dotaux. Le droit de disposition s'applique, non seulement aux meubles corporels dont il est devenu propriétaire, mais même à ceux dont la femme a conservé la propriété.

Il s'étend aux biens mobiliers incorporels. Le mari peut, sans le concours de sa femme, céder les créances dotales exigibles ou non, transférer les rentes perpétuelles, aliéner moyennant un capital un droit de rente viagère ; le tout, bien entendu, sauf les règles particulières à la fraude.

Donc, pour le mari, on répudie absolument les conséquences du principe posé.

Elles sont, au contraire, déduites dans toute leur rigueur en ce qui concerne la femme, qui ne peut compromettre d'une façon quelconque, et par quelque acte que ce soit, le droit de réclamer sa dot lors de la dissolution du mariage ou de la séparation de biens, ni les garanties qui assurent cette restitution.

Les principales applications de ce principe admises par la jurisprudence sont les suivantes (Aubry et Rau) :

1° La femme ne peut, tant que dure l'association pécuniaire résultant du mariage, céder ses reprises dotales ; elle ne peut valablement recevoir le remboursement de ses créances dotales : les paiements faits par les débiteurs personnels ou hypothécaires ne sont pas libératoires.

2° La femme ne peut diminuer la sûreté résultant pour elle de l'hypothèque légale, quant au remboursement de sa dot : elle ne peut renoncer à cette hypothèque, y subroger ou même céder la priorité de son rang.

3° La femme ne peut valablement donner mainlevée des inscriptions destinées à garantir des créances dotales dont le paiement n'a pas été effectué, ni acquiescer aux jugements prononçant la radiation de ces inscriptions.

4° Elle ne peut ni transiger ou compromettre sur ses droits dotaux mobiliers, ni faire des aveux ou déclarations quelconques de nature à y porter atteinte.

En un mot, la femme est dans l'impossibilité absolue de faire aucun acte de nature à préjudicier à ses droits en ce qui concerne sa dot mobilière [1].

Ce qu'a fait, au fond, la jurisprudence, continuant en cela l'évolution du droit français, c'est de ressusciter le sénatus-consulte velléien : sans l'incapacité velléienne, telle du moins qu'elle existe dans le droit de Justinien, l'inaliénabilité dotale n'est qu'un vain mot. Car, si la femme peut s'obliger, et que cette obligation soit exécutoire sur sa dot, cette dot est perdue tout comme par une aliénation directe. Sous peine de laisser le principe de l'inaliénabilité absolument illusoire en pratique, la jurisprudence a été amenée à proclamer un résultat qui aboutit, sans que le nom du sénatus-consulte soit prononcé, aux prohibitions velléiennes [2].

Nous avons vu, dans cette théorie de la jurisprudence, un exemple d'interprétation prétorienne, un des cas où

1. Aubry et Rau, tom, 5, p. 600, et les arrêts cités en note.

2. Cf. Violet. — *Histoire du droit français*, p. 685, et suiv. — Gide, *Condition privée de la femme*, p. 191 et suiv.

la jurisprudence est sortie de son rôle strict pour réformer la loi, la mettre pour ainsi dire « au courant ». Nous avons, en effet, montré la contradiction flagrante qui existe entre les textes de la loi et le système de la jurisprudence ; nous avons vu quel était le but pratique que l'on voulait atteindre et qui a été atteint.

Cette manière de voir est d'ailleurs celle de tous les auteurs qui répudient la théorie de la jurisprudence. MM. Aubry et Rau s'expriment ainsi[1] : « Le Code civil « n'ayant posé que quant aux immeubles dotaux le « principe de l'inaliénabilité, on devait rigoureusement « en conclure que la dot mobilière était à tous égards « aliénable. Mais la jurisprudence entra dans une voie « différente.... »

Et M. Guillouard termine ainsi la discussion théorique de la question :

« Aussi croyons-nous que l'on peut conclure, sur « cette question, dans les termes où le fait M. Laurent :

« Pourquoi chercher des arguments juridiques à « l'appui d'une doctrine qu'aucun argument ne peut « justifier, puisque l'inaliénabilité du mobilier dotal ne « pourrait être admise qu'en vertu d'un texte formel, et « que ce texte n'existe pas? Avouons-le, la jurisprudence nouvelle, de même que celle des parlements, « *a fait la loi en obéissant aux exigences d'un état « social* qui diffère entièrement de la société romaine. « Notre société est devenue commerciale et industrielle : la richesse mobilière, presque inconnue des « Romains, prend une importance tous les jours croissante ; il en résulte que les dots mobilières sont la « règle, et les dots immobilières l'exception. Le régime « romain ne suffit donc plus pour garantir les intérêts

1. Aubry et Rau, *loc. cit.* p. 598.

« de la femme ; si l'on veut maintenir le régime dotal, il « faut étendre l'inaliénabilité à la dot mobilière : c'est ce « qu'a fait la jurisprudence.... [1] »

Ainsi, trois des auteurs les plus considérables qui aient traité cette question voient dans la solution admise par la jurisprudence une véritable œuvre de législateur.

Et, chose peut-être plus intéressante encore pour la thèse que nous soutenons, ces auteurs, après avoir fait leurs réserves au point de vue théorique, déduisent et discutent les conséquences d'un principe qu'ils répudient. M. Guillouard continue : « Que la jurisprudence « ait appliqué la loi, ou qu'elle l'ait étendue, comme « nous le croyons, aujourd'hui il n'y a plus à lutter avec « les principes qu'elle a posés, et nous n'avons qu'à « en déterminer les conséquences et à tracer les limites « de l'inaliénabilité qu'elle a créée.... [2] »

N'y a-t-il pas là une reconnaissance du pouvoir de fait exercé par la jurisprudence? On réprouve la théorie ; mais, somme toute, le droit n'est pas une science de pure spéculation : il faut s'incliner devant la pratique, qui a le dernier mot. Et l'on commente la jurisprudence. Une jurisprudence que l'on consent à commenter, après avoir constaté qu'elle est contraire à la loi, ressemble fort à une loi.

Il n'est pas niable qu'il y ait dans la question qui vient d'être étudiée un exemple où la jurisprudence a exercé la partie de son rôle qui consiste à *corriger* la loi, à se modifier en suivant le mouvement des idées ou

1. Guillouard, *Contrat de mariage*, tome iv, n° 2058.
2. Id. *ibid.*

une évolution économique. Ici le rôle de la jurisprudence restée en antagonisme flagrant avec la doctrine est aisé à prendre sur le fait. L'exemple choisi est certainement l'un des plus frappants ; il est loin d'être isolé.

Dans un grand nombre d'autres cas où la doctrine proteste parfois avec moins d'unanimité et de vigueur, il est pourtant facile de saisir dans les décisions de la jurisprudence une préoccupation des résultats pratiques qui passe avant la recherche pure et simple de la volonté du législateur.

§ 2

SUBROGATION A L'HYPOTHÈQUE LÉGALE DE LA FEMME MARIÉE.

Il arrive parfois que des institutions conçues dans un but de protéger certaines personnes ont un résultat tout autre que celui que le législateur se proposait.

Sous l'influence surtout de modifications dans les mœurs, une protection exagérée devient souvent une gêne et une entrave. La pratique arrive alors à biaiser avec la loi, et elle détourne l'institution de son but primitif. Il en est ainsi pour l'hypothèque légale de la femme mariée. Cette hypothèque, instituée pour garantir les reprises de la femme, aurait souvent pour résultat le plus clair de tarir le crédit du mari, et par suite du ménage.

Cette hypothèque, avec son caractère occulte et général, est, par sa puissance même, de nature à effrayer et à éloigner tout prêteur et aussi tout acquéreur d'un immeuble du mari, puisque cet immeuble, par

son passage dans le patrimoine du mari, a été appréhendé par l'hypothèque légale. La pratique a su écarter les mauvais effets de cette institution en inventant la renonciation faite par la femme à cette hypothèque, à condition, bien entendu, que son régime matrimonial lui laissât la libre disposition de ses biens. La pratique a fait plus : de ce qui pouvait être un obstacle absolu au crédit du ménage, elle a su faire un moyen de crédit pour le ménage. Le prêteur devait être éloigné par la crainte de cette arme aux mains de la femme ; il pourra être attiré au contraire, si la femme peut lui transmettre cette même arme. La femme peut ne pas se contenter de promettre son abstention à faire valoir son hypothèque ; elle peut subroger un créancier à tous ses droits.

La subrogation à l'hypothèque légale de la femme, et les diverses conventions concourant d'une façon plus ou moins complète au même but, renonciation *in favorem,* cession de créance, sont une création de la pratique. Le Code avait introduit l'hypothèque légale de la femme dans le but d'assurer à celle-ci ses reprises, et n'avait certainement pas prévu qu'elle pourrait avoir pour résultat d'assurer le paiement intégral d'un tiers créancier au détriment des reprises de la femme [1]. Mais les inconvénients de cette protection à outrance étaient plus grands que ses avantages, et il est indispensable que la femme puisse renoncer à un privilège qui souvent lui causait le plus grave préjudice.

L'hypothèque légale est pourtant, dans l'esprit du législateur, une institution de protection pour la femme ; et, dans une interprétation rigoureusement stricte, il y aurait peut-être des raisons de soutenir qu'elle ne peut

1. V. Gide, *Condition privée de la femme*, p. 496.

jamais y renoncer, quelle que soit d'ailleurs la liberté que lui laisse son régime matrimonial sur les autres points. Toute mesure de protection établie par la loi suppose, en effet, dans l'esprit de cette loi, chez ceux qu'elle couvre, une certaine faiblesse et, avant toute chose, l'incapacité de s'en affranchir : n'est-elle pas à ce titre, pourrait-on dire, d'ordre public ? Par quels actes, avec quelles autorisations le pupille, qui partage avec la femme mariée le privilège de l'hypothèque légale, pourrait-il y renoncer ou y subroger ? Et pourtant, n'y a-t-il pas telle hypothèse où, le tuteur étant par exemple son père, il y aurait le même intérêt matériel et moral ?

Cette interprétation rigoureuse de la loi pourrait être fortifiée par la considération suivante : dans le cas où la femme s'est obligée personnellement, la subrogation à son hypothèque légale fait venir hypothécairement son créancier sur les biens du mari, c'est-à-dire qu'il se payera sur les biens du mari, revenant en vertu de l'hypothèque à la femme, de préférence aux autres créanciers de celle-ci. S'il y a plusieurs subrogations successives, les créanciers subrogés se payeront suivant la date de leurs subrogations (de l'inscription de ces subrogations depuis la loi de 1855). Dans l'hypothèse où la femme s'est obligée personnellement en subrogeant à son hypothèque, elle hypothèque cette hypothèque, suivant l'ancienne formule *pignus pignori dari potest*. En un mot, la subrogation, dans le cas où la femme est en même temps débitrice personnelle, rétablit le sous-ordre hypothécaire.

L'ancien droit, considérant comme un immeuble l'hypothèque sur un immeuble, reconnaissait aux créanciers hypothécaires d'une personne ayant elle-même sur un tiers une créance hypothécaire, lorsqu'ils

se faisaient colloquer sur les biens du débiteur de leur débiteur au lieu et place de ce dernier, le droit d'être eux-mêmes colloqués par ordre d'hypothèque : c'est le sous-ordre hypothécaire [1]. Or il est prohibé par l'article 775 du Code de Procédure civile, qui dispose que « *le « montant de la collocation du débiteur est distribué, « comme chose mobilière* (c'est-à-dire au marc le franc) « *entre tous les créanciers inscrits ou opposants avant « la clôture de l'ordre* ».

Il n'en est pourtant pas ainsi lorsque la femme a subrogé son créancier à son hypothèque légale sur les biens de son mari [2].

Quoi qu'il en soit, la subrogation à l'hypothèque légale de la femme, imaginée par la pratique pour fournir une source de crédit au ménage, sanctionnée par la jurisprudence, a été législativement consacrée par les lois du 23 mars 1855 (articles 9 et 11) et du 13 février 1889. Avant ces lois, ainsi qu'il arrive pour toute institution qui n'est pas législativement réglée, mais repose sur la coutume, les incertitudes et les controverses étaient fréquentes en cette matière.

A. — En l'absence de toute formalité imposée par la loi à la subrogation de l'hypothèque légale, on a cherché à l'entourer cependant de quelques garanties. Avant la loi de 1855, on a soutenu que, pour la validité des subrogations ou renonciations consenties par la femme en faveur des créanciers du mari ou des acquéreurs de ses immeubles, il était nécessaire d'observer les formalités des articles 2144 et 2145,

1. Voir Pothier, *Proc. civ.*, t. x, p. 265 et 266.

2. Dans le sens de l'incessibilité de l'hypothèque légale, voir Laferrière, *Revue de Droit français et étranger*, collection annuelle, v, 692, et Rolland de Villargues (Sirey, vi, ii, 12).

relatives à la restriction de l'hypothèque consentie par la femme *en faveur du mari* [1].

C'était là étendre les dispositions de la loi à un cas tout autre que celui qu'elle avait prévu, puisque la restriction de l'hypothèque a lieu en faveur du mari, la subrogation en faveur de tiers. Mais il fallait, à l'aide d'une analogie plus ou moins forcée, imposer à cette institution toute de pratique des limites que la loi n'avait pu évidemment lui imposer, puisqu'elle n'avait pas prévu l'institution même.

La loi du 23 mars 1855 établit pour la subrogation de l'hypothèque des formalités particulières. Elle exige un acte authentique et ne rend la subrogation imposable aux tiers qu'à partir de son inscription [2]. En présence de cette législation, qui se suffit à elle-même, on ne soutient plus que les formalités de la restriction soient applicables à la subrogation : la loi ayant parlé, l'expédient prétorien n'a plus de raison d'être [3].

B. — A côté de la renonciation expresse, la jurisprudence admettait que la renonciation en faveur d'un tiers acquéreur résultait tacitement du concours de la femme à l'acte d'aliénation, lorsque l'intervention de la femme à cet acte ne pouvait s'expliquer autrement [4].

Il y avait là, il faut le reconnaître, une solution prétorienne d'une rare hardiesse. Alors qu'il est fort contestable, en interprétation stricte, que la femme puisse renoncer expressément à l'hypothèque légale, garantie personnelle que lui accorde la loi, la jurispru-

1. Voir les arrêts cités dans D., *Rép.* v° *Priv. et hypoth.*, n° 978 et suiv., et, en outre, ceux cités dans D., *Sup.*, *eod. v°*, n° 560.

2. Loi du 23 mars 1855, art. 9.

3. V. Aubry et Rau, tom. III § 264 *ter*, n° 7, p. 246 et suiv.

4. V. les arrêts cités au rép. de D., v° *Priv. et hypoth.*, n° 1004 et au Supplém., *eod.* v°, 552.

dence admettait qu'elle pouvait renoncer tacitement à cette protection, et cela sans manifester sa volonté autrement que par son concours à l'acte de vente, avec cette seule restriction qu'on ne trouvait pas d'autre explication plausible à ce concours.

La loi du 17 février 1889 a jugé que la jurisprudence avait été trop large dans l'interprétation de la volonté de renonciation de la femme. Cette loi exige (art 9, § 5 de la loi de 1855, modifié par la loi de 1889) que la femme ait concouru à l'acte « soit comme covenderesse, « soit comme garante ou caution du mari. » Hors ce cas, où son concours à l'acte acquiert une importance particulière qui doit appeler l'attention de la femme elle-même, la jurisprudence ne peut plus admettre de renonciation tacite.

§ 3

VALIDITÉ DES DONATIONS DÉGUISÉES.

L'article 893 du Code civil est ainsi conçu : « On ne « pourra disposer de ses biens à titre gratuit que par « donation entre vifs ou par testament, dans les formes « ci-après établies. » Et les articles 931 et suivants indiquent les formes de la donation entre vifs, seul mode de libéralité entre vifs. Ces formes sont *grosso modo* l'authenticité (avec minute) tant de la donation elle-même que de l'acceptation du donataire. Elles sont prescrites à peine de nullité, et la donation est, avec le contrat de mariage, le seul contrat solennel de notre droit. C'est encore trop, semble-t-il, et ce reste de formalisme, maintenu par le Code, ne l'est pas par la jurisprudence en ce qui concerne les donations.

Le syllogisme rigoureux qui paraît découler des textes de la loi est celui-ci :

1° Toute donation qui ne remplit pas les formes prescrites est nulle ;

2° Or la donation est le seul mode permis de libéralité entre vifs.

Donc tout acte de libéralité entre vifs qui ne remplit pas les formes des donations est nul.

Et, spécialement, l'acte qui déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux un acte de libéralité, doit être annulé comme ayant échappé aux formes de la donation, seul mode de disposer entre vifs à titre gratuit.

Quoique la doctrine ici ne résiste pas d'une façon unanime à l'interprétation de la jurisprudence, cette conclusion nous paraît nécessaire en interprétation pure. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de cassation n'a jamais varié ; quelques dissidences se sont produites dans les cours d'appel, mais temporaires et isolées. Aujourd'hui, en pratique, il est constant que les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux sont valables, et ne peuvent être annulées que pour des causes qui s'appliqueraient également à des donations régulières, telles que l'incapacité ou l'atteinte portée à la réserve. On ne peut citer, tellement ils sont nombreux, la liste des arrêts en ce sens [1].

Nous n'entreprendrons pas de discuter cette question pour elle-même. Malgré les objections graves que la solution de la jurisprudence a soulevées dans la doctrine, cette jurisprudence est tellement inébranlable, qu'une telle discussion serait parfaitement oiseuse :

1. V. leur nomenclature dans Dalloz, *Rép.*, v° *Dispositions entre vifs*, n° 1667.

recherchons seulement quels sont les motifs invoqués, et quels sont les motifs véritables.

Le premier argument des partisans du système de la validité est tiré de l'ancien droit : Furgole admettait la validité des donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, en se fondant, induction subtile et plus que contestable, sur ce que l'article 1er de l'ordonnance de 1731, ne parlant que des actes *portant donation*, ne soumettait aux formalités qu'il prescrivait que les actes portant *ostensiblement* une libéralité. Cette opinion était d'ailleurs loin d'être unanime. (Voir notamment d'Argentré, sur l'art. 270 Cout. de Bretagne.)

L'ancien droit fournit une mine inépuisable d'arguments où les partisans de deux systèmes adverses sont toujours sûrs de trouver des armes. On y a recours surtout quand on veut échapper à des décisions du Code civil, qui pourtant, si l'interprétation avait le rôle purement mécanique que les principes rigoureux tendraient à lui assigner, devrait à peu près se suffire à lui-même.

Deux autres arguments du système de la jurisprudence sont tirés du Code civil ; ils sont contradictoires. L'un, *a contrario,* se base sur l'article 911, qui déclare nulle la donation déguisée sous la forme d'un contrat à titre onéreux, dans le cas particulier où elle est faite au profit d'un incapable ; l'autre, *a pari,* s'appuie sur l'article 918, qui déclare valable comme donation un contrat qui a les apparences d'un acte à titre onéreux. Ne peut-on pas, avec tout autant de raison, retourner ce double argument, et dire que l'article 911 contient un cas particulier d'annulation, l'article 918 une exception à la règle de la nullité ?

Enfin, le dernier argument est une pure pétition de principe ; il est celui-ci : on peut faire indirectement ce

que la loi autorise à faire directement. Oui, on le peut, si on le veut. A la vérité, c'est exact en général, parce que le formalisme est presque complètement banni de notre législation ; mais il ne faut pas oublier que la donation est précisément un des rares actes où le Code civil l'a laissé subsister. La loi du 24 juin 1843, qui exige pour cet acte la présence réelle du second notaire et des témoins, est conçue dans le même esprit de formalisme relativement à la donation. Admettrait-on, sous le même prétexte, qu'on peut faire, en se dispensant des formes prescrites et en l'appelant d'un nom mensonger, un contrat de mariage ?

On peut ajouter que les formes prescrites pour les donations ont leur raison d'être ; que cette solennité est une garantie nécessaire quand il s'agit d'un acte aussi grave, qui peut dépouiller complètement le donateur sans aucune compensation. Mais cela sort de notre cadre : il s'agit pour nous, non pas de rechercher quelle serait la meilleure solution en législation, mais de voir si la jurisprudence a simplement appliqué le Code, ou si, au contraire, elle n'a pas eu précisément des préoccupations d'ordre législatif.

Il paraît incontestable que c'est à des préoccupations de ce genre qu'elle a obéi. Le Code nous paraît formel. Peut-être a-t-elle eu raison de ne pas se limiter à une interprétation stricte, servile, si l'on veut, de la loi. La vérité est qu'une partie de la doctrine l'a suivie ; mais ce qui a guidé la jurisprudence et cette doctrine, c'est le désir de ne point laisser subsister dans la loi ce dernier reste du formalisme, qui, à tort ou à raison, a paru suranné.

§ 4

DISPENSE DU RAPPORT.

Après avoir posé le principe du rapport, dû par tout héritier à son cohéritier, l'article 843 du Code civil *in fine* s'exprime ainsi : « Il (l'héritier) ne peut retenir « les dons ni réclamer les legs à lui faits par le défunt, « à moins que les dons et legs ne lui aient été faits « *expressément* par préciput et hors part, ou avec « dispense du rapport. »

Ainsi, d'après le texte formel, la dispense du rapport doit être *expresse:* nous allons voir les applications que la jurisprudence a faites de cette prescription.

Tout d'abord, il faut remarquer que termes *exprès* ne sont pas synonymes de termes *sacramentels*. Les expressions « par préciput et hors part » où « avec dispense du rapport » pourront être dans le testament remplacées par des expressions équivalentes, comme « le legs sera cumulé avec la part héréditaire », sans qu'on sorte des termes de la loi; mais au moins faut-il que ce soient des *expressions*. Si la volonté du testateur ou du donateur est induite d'autre chose que des *termes* du testament ou de la donation, si *certaine* que soit d'ailleurs cette volonté, elle est *tacite*.

Dans ce cas, que fera-t-on ? Ira-t-on à l'encontre de la volonté bien établie du testateur, ou au contraire la respectera-t-on, en violant la loi, qui exige que cette volonté soit expresse ? La jurisprudence n'a pas hésité : étendant ce principe incontestable que les termes ne sont pas sacramentels, constamment et dans une foule

de décisions, elle admet de très nombreux cas de dispense *tacite* du rapport.

Ainsi, et pour ne citer que quelques applications, on décide :

Que la disposition universelle est dispensée du rapport ;

Que le legs de la portion disponible en est également dispensé (Caen, 16 décembre 1850) ;

Que la dispense résulte du partage anticipé de tous ses biens, fait par un ascendant entre ses enfants (Caen, 2 décembre 1847) ;

De ce fait que le testament partage *la totalité* des biens en attribuant un bien nommément désigné à *chaque* successible sans exception (le Havre, déc. 1895) ; car l'acte de dernière volonté n'aurait, dans cette espèce, aucun effet, si l'on n'y voyait pas une dispense de rapport [1]

1. On soutient et l'on a jugé que les donations déguisées sous la forme d'un contrat à titre onéreux, dont nous venons de parler, étaient dispensées du rapport par le seul fait qu'elles étaient déguisées. (Toulouse 7 juillet 1829. — Bordeaux, 20 juillet 1829. — Rennes, 10 février 1818. — Caen, 23 mai 1836, Bordeaux 27 avril 1839. — Nîmes, 15 mars 1818.)

La jurisprudence admet au moins dans tous les cas que, si la donation déguisée n'est pas par cela seul dispensée du rapport, les juges peuvent faire résulter cette dispense de l'intention du donateur, manifestée par les faits de la cause. (Ch. des req., 20 mars 1843, rej., 10 novembre 1852.) Cette intention peut résulter du luxe de précautions prises. (Douai, 21 mai 1851.)

L'un comme l'autre de ces systèmes admet des cas bien nets de dispense tacite du rapport. Le premier offre cette particularité qu'il réunit deux exemples d'interprétation extralégale : il admet la validité d'une donation faite en dehors des formes prescrites par la loi à peine de nullité ; dans ce qui devrait être une cause de nullité, la donation puise au contraire une plus grande énergie, puisqu'on y voit une dispense tacite de rapport, dispense qu'on admet, bien que la loi exige une dispense expresse.

Il y a une foule d'autres applications. Toutes sont basées sur une disposition ou un acte du testateur qui n'est conciliable qu'avec sa volonté de dispenser du rapport, ou bien sur ce que le testament n'aurait aucune utilité autre que cette dispense. L'espèce jugée par le tribunal du Havre rentre dans ce dernier cas.

En un mot, toutes ces décisions présentent des cas de dispense *tacite* du rapport. Aussi, cette théorie, admise par la doctrine, car elle est un des exemples où l'interprétation large est le plus légitime, ne va cependant pas sans quelques réserves. M. Baudry-Lacantinerie écrit : « Il est préférable, après tout, d'aller contre la « volonté d'un défunt que de violer la loi ; or, on la « viole en admettant une dispense tacite ou virtuelle du » rapport, qu'elle proscrit très formellement. A tort ou « à raison, à tort, croyons-nous, notre législateur exige « une dispense expresse du rapport : il ne se contente « pas d'une volonté certaine du défunt, il veut une « volonté exprimée. Faisons des vœux pour qu'il mo- « difie son œuvre sur ce point, mais ne la modifions pas « nous-mêmes : ce droit n'appartient pas plus à l'inter- « prète qu'au juge [1]. » On peut, on doit dire cela ; mais jamais un magistrat, fût-il l'auteur de cette profession de foi, ne se résoudra à aller contre la volonté certaine d'un défunt pour respecter la lettre d'un article qui (les négligences de rédaction ne sont pas rares dans le Code) n'a peut-être pas dit ce qu'il voulait dire. Il est impossible de demander aux juges de consacrer une iniquité flagrante en se bornant à « faire des vœux » pour que la législation soit modifiée. Quand il leur sera possible d'échapper à une telle nécessité, on peut être certain qu'ils s'y déroberont.

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, n° 256.

§ 5

INSAISISSABILITÉ DES RENTES SUR L'ÉTAT [1].

Les lois spéciales confèrent aux rentes sur l'État le privilège de l'insaisissabilité; aucune opposition sur les rentes ne peut être reçue, si elle n'émane du propriétaire lui-même. Ce principe, posé par l'art. 4 de la loi du 8 nivôse an VI et l'article 7 de la loi du 22 floréal an VII, a été confirmé notamment par l'art. 3 de la loi du 11 juin 1878 [2] et les lois de conversion des 27 avril 1883 [3] et 17 janvier 1894 [4].

La raison de ce privilège est évidemment une raison d'État : c'est en vue du succès des emprunts qu'un tel privilège est créé.

Aussi son utilité est-elle sujette à variation. Nécessaire au crédit de l'État après la banqueroute déguisée sous le nom de tiers consolidé (9 vendém. an VI), il est permis aujourd'hui d'en envisager surtout les côtés exorbitants. — Parallèlement, l'interprétation que la jurisprudence a faite du principe de l'insaisissabilité a varié : cette interprétation, d'abord très stricte, souffre aujourd'hui d'importantes exceptions.

Ce principe, appliqué dans toute sa rigueur, entraine des conséquences très importantes. Les rentes sur l'État se trouvent, à raison de leur insaisissabilité,

1. V., sur cette question : note de M. Glasson sous les arrêts de la C. de cass. du 2 juill. 1894 (D. 94, 1, 497), — D. *Rép.* v° *Trésor public*, n°s 1155 et suiv.; — D. *Sup. au Rép* , v° *Trésor public*, n°s 754 et suiv., et les arrêts cités dans les notes du présent paragraphe.

2. D. P. 78, 1, 67.

3. D. 84, 4, 25.

4. D. 94, 4, 113.

ne pas faire partie du gage général que constitue pour les créanciers le patrimoine de leur débiteur, et les créanciers ne peuvent les saisir sous aucune forme, même sous forme de transfert. Les corollaires de cette proposition étaient autrefois admis par la jurisprudence et le sont encore par les auteurs [1].

Ces corollaires sont principalement les suivants :

Les créanciers ne peuvent attaquer par l'action Paulienne les actes de leur débiteur relatifs aux rentes sur l'État ;

Ils ne peuvent se faire investir d'une rente sur l'État dépendant d'une succession échue à leur débiteur, si cette rente tombe dans le lot de celui-ci ; ils peuvent seulement demander que la composition des lots ait lieu conformément à la loi [2] ; — si la succession ne comprend que des rentes sur l'État, ils ne peuvent même pas intervenir au partage ;

Les créanciers du défunt ne peuvent, dans le même cas, demander la séparation des patrimoines ;

Un créancier de la succession ne peut saisir la rente contre le légataire de cette rente [3] ; — les créanciers de l'héritier ne peuvent empêcher le notaire liquidateur de remettre à l'héritier la rente qui lui revient d'après la liquidation [4].

La loi a, en résumé, voulu faire de la rente sur l'État un bien privilégié, une partie du patrimoine en dehors de ce patrimoine, et restant, toujours et malgré

1. Aubry et Rau, tom. 8, § 777. — Lyon-Caen et Renault, *Traité de dr. commercial*, tom. 2, n° 2672. — Bavelier, *Rentes sur l'État*, n° 43. — Buchère, *Valeurs mobilières*, n° 155 et les notes dans D. P. 84, 2, 91 ; 88, 2, 291 ; 88, 3, 55 ; 91, 2, 19 ; 93, 2, 111.

2. V. arrêts cités D. *Rép.*, v° *Trésor public*, n° 1159.

3. Paris, 2 mai 1878 (D. P., 80, 1, 69).

4. Rennes, 31 janvier 1889, et Paris, 21 mars 1889 (D. 90, 2, 61 et la note). — Angers, 10 janvier 1893 (D. 93, 2, 111).

tout, personnel à son titulaire. On conçoit à quelles fraudes peut donner lieu ce privilège, et, aujourd'hui que les rentes sur l'État se sont multipliées et constituent souvent le principal d'une fortune, à quels véritables scandales il peut conduire.

Cette situation apparaît surtout dans deux exemples :

A. — Un héritier est appelé à une succession composée de rentes sur l'État; il l'accepte sous bénéfice d'inventaire : les créanciers de la succession ne pourront être payés, ni sur les biens de l'héritier, à cause de la séparation des patrimoines opérée par l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, ni sur les biens de la succession, à cause de l'insaisissabilité des rentes sur l'État. — La jurisprudence n'admet point l'accomplissement d'une telle fraude : l'héritier devra, sous peine de perdre la qualité de bénéficiaire, vendre les rentes sur l'État [1]. Il y a là un moyen détourné d'empêcher une situation scandaleuse. Le principe n'est pas heurté de front, puisqu'il s'agit, somme toute, d'une vente volontaire ; mais ce moyen détourné a cependant bien le caractère prétorien.

B. — Le second exemple est encore plus topique. Il s'agit du cas de faillite. Rien dans la loi n'apporte pour le cas de faillite une exception à la règle de l'insaisissabilité des rentes ; un avis du Conseil d'État du 26 fructidor an XIII le reconnaît formellement. Ainsi, en rigoureuse interprétation, les rentes sur l'État ne faisant pas, en cas de faillite comme dans tous autres cas, partie du gage des créanciers, le syndic ne pourra les vendre, et elles resteront le patrimoine personnel du failli. Cette théorie est admise par la plupart des

1. Paris, 22 novembre 1855 (D. P. 56, 2, 269). — Paris, 13 juin 1856 (D. 57, 2, 194).

auteurs [1] ; c'était aussi jadis celle de la Cour de cassation [2]. On aperçoit quelle situation scandaleuse elle créait. Elle est aujourd'hui abandonnée par la jurisprudence, qui admet que le syndic peut vendre les rentes sur l'État comme tous les autres biens du failli. Cette jurisprudence essaye, ici comme dans toutes ses interprétations prétoriennes, de justifier théoriquement sa solution : des arrêts affirment que le principe d'insaisissabilité des rentes sur l'État n'a été établi que pour faciliter la comptabilité publique, et qu'il cesse dès lors de recevoir son application lorsque sa raison n'existe plus, c'est-à-dire quand les créanciers peuvent réaliser la vente autrement que par une saisie-arrêt ou opposition [3].

Mais cette argumentation est en contradiction flagrante avec la réalité des faits. Il résulte nettement des travaux préparatoires et de l'esprit même des lois du 8 niv. an 6 et de floréal an 7 que ces lois ont voulu faire bénéficier les rentes sur l'État d'un privilège propre à en favoriser l'essor. On ne saurait non plus soutenir, comme l'ont fait les arrêts, que le syndic n'agit que comme mandataire du failli : on ne conçoit guère un mandat dirigé contre l'intérêt du mandant, et d'ailleurs le syndic n'est pas le représentant du failli, mais de la masse.

Malgré ces raisons de texte, la jurisprudence admet aujourd'hui que le syndic peut vendre les rentes sur l'État appartenant au failli [4] : elle refuse de consacrer

1. V. notamment Demangeat sur Bravard, *Traité de droit commercial*, t. v, n° 72, et Lyon-Caen et Renault, t. ii, n° 2672.

2. Cass., 8 mars 1859 (D. 59, 1, 145).

3. Lyon, 19 juin 1857 et arrêt confirmatif de la Cour de cassation, 8 mars 1859 (D. 59, 1, 145).

4. V. les arrêts cités dans D. *Rép.* V° *Trésor public*, n° 1161, et et en outre C. de Paris, 18 janv. 1886. (D. P. 86. 2. 233). — Amiens 16 janv. 1894. (94. 2. 208). — En sens contraire, Angers, 10 janv. 1893 (D. 93. 2. 112).

une situation où le failli demeurerait dans l'opulence en face de ses créanciers ruinés.

Si équitable que soit cette solution, elle n'est pas, à strictement parler, juridique Le principe de l'insaisissabilité a reçu, de l'avis de tout le monde, depuis qu'il a perdu sa force de raison d'État, de graves atteintes [1]. « Depuis lors, dit M. Glasson, les conditions de la vie « sociale se sont complètement transformées, et les « juges ont été témoins de fraudes qui les ont juste- « ment indignés; ils ont alors recouru à des procédés « d'interprétation qui s'inspiraient de l'équité aux dépens « de la loi [2] ». Telle est bien la formule de l'interprétation prétorienne. [4]

§ 6

EXTENSION DE LA COMPÉTENCE *ratione loci* DES TRIBUNAUX QUANT AUX COMPAGNIES DE CHEMINS DE FER ET AUX COMPAGNIES D'ASSURANCES.

Le principe certain, en matière de domicile d'une Société et de compétence *ratione loci*, est que la société commerciale doit être assignée devant le tribunal du lieu du siège social, tel qu'il est fixé par les statuts. (Art. 59, § 5 du Cod. de proc. civ.)

Le Code ne prévoyait certes pas qu'une dérogation à cette règle s'imposerait dans la suite.

Mais, ainsi que le fait remarquer Dalloz [3], lorsqu'il

1. V., sur deux autres exceptions apportées à ce principe, deux arrêts de la C. de cass. dans D. P., 91. 1, 497, et la note de M. Glasson sous ces arrêts.

2. Note de M. Glasson déjà citée.

3. *Sup. au Rép.*, v° *Compétence civ. des trib. d'arrondissement*, n° 45.

4. Pendant l'impression de cette thèse, est intervenu un jugement du trib. de Marseille qui résiste à la tentative de la jurisprudence en cette matière; ce jugement annule la saisie-arrêt pratiquée par un créancier sur les rentes que son débiteur est appelé à recueillir dans une succession, et proclame en ces termes le caractère absolu du principe de l'insaisissabilité : «... Que, sans doute, de sérieuses considérations d'équité peuvent être invoquées contre l'insaisissabilité de la rente, mais qu'elle est établie par des lois qui n'ont été ni abrogées ni modifiées, et que le Tribunal n'a qu'à s'y conformer. » (*Gaz. des Trib.*, n° du 19 mai 1897.) Quel sera le sort de cette résistance ?

s'agit de sociétés dont les opérations s'étendent à une partie importante du territoire, comme les compagnies de chemins de fer et les compagnies d'assurances, il semble difficile d'exiger des demandeurs qui ont traité avec ces compagnies qu'ils les poursuivent exclusivement devant le tribunal du lieu où est fixé leur siège social, c'est-à-dire, pour la plupart, devant le tribunal de la Seine. La difficulté est d'autant plus grande que, la plupart du temps, les litiges auront pour point de départ des affaires qui n'auront pas été traitées au siège social de la société, mais avec les agents qu'elle entretient dans un certain nombre de localités.

Ces considérations ont tant de force que, malgré quelques arrêts en sens contraire [1], dont le dernier est du 5 avril 1859 [2], la jurisprudence admet d'une façon absolument constante qu'une société commerciale peut avoir plusieurs domiciles au point de vue de la compétence. Ainsi, notamment une compagnie de chemins de fer peut être valablement assignée à l'endroit où elle a une gare comprenant des services assez importants pour qu'on puisse la considérer comme un *principal établissement* de la compagnie, et des agents dont les pouvoirs sont suffisamment étendus pour la représenter et l'obliger envers les tiers [3].

La solution est analogue pour les compagnies d'assurances [4].

Cette jurisprudence répond évidemment aux besoins de la vie moderne; en ce qui concerne les compagnies

1. V. ces arrêts, D., *Supp.* au *Rép.*, *loc. cit.*, n° 46.
2. D. P. 59, 1, 147.
3. V. les nombreux arrêts cités dans D. *Supp.*, *loc. cit.*, n° 47.
4. V. D. *Rép.*, v° *Assur. terrestres*, n° 295, et Caen, 12 mai 1846 (D. P. 47, 2, 139). — Req. 30 déc. 1846 (D. P. 47, 1, 80). — Nîmes, 9 déc. 1872 (D. P. 73, 5, 122).

dont il s'agit, la règle de l'article 59 n'a aucune raison d'être. Cette situation ne pouvait être prévue par le Code de procédure ; la jurisprudence a réformé la loi dans la mesure où son application stricte eût, sans aucun avantage, causé la plus grande gêne dans certaines hypothèses nées depuis cette loi.

§ 7.

CLAUSE A ORDRE EN MATIÈRE CIVILE.

Un dernier exemple nous est fourni par l'histoire de la clause à ordre et du transport des créances par l'endossement.

Le Code civil, dans ses articles 1690 et 1691, fixe les conditions nécessaires pour qu'une cession de créance — d'ailleurs parfaite entre les parties, dès lors qu'on est convenu de la chose et du prix — soit opposable aux tiers. Il faut pour cela qu'elle ait été signifiée au tiers auquel on l'oppose ou acceptée par lui ; sinon, il peut toujours considérer le cédant comme titulaire de la créance ; il sera valablement libéré, s'il paie entre ses mains (art. 1691), ou par la compensation résultant d'une créance qu'il aurait contre le même cédant. (Art. 1295-2°.)

Ces règles, qui dominent tout l'ancien droit, furent battues en brèche au XVII[e] siècle, en ce qui concerne les obligations commerciales. En cette matière, la clause à ordre, qui permit le transport par voie d'endossement, vint modifier profondément les règles antérieures [1].

1. L'admission de cette clause remonte, soit à la fin du XVI[e] siècle, soit au début du XVII[e].

L'endossement est un mode de cession qui diffère absolument de celui du droit commun; Il en diffère, non seulement dans sa forme, mais, point beaucoup plus important, dans ses effets. Il n'est plus besoin, pour que la cession soit opposable aux tiers, de la leur signifier ou de se procurer leur acceptation. Ainsi, à côté des titres à personnes dénommées, soumis, sous le rapport de la cession, aux anciennes règles, existent, à partir du XVII[e] siècle, les titres à ordre, dont le transport est opposable aux tiers en dehors de toute signification ou acceptation. Cette innovation, qui triompha peu à peu dans la jurisprudence, fut définitivement consacrée par l'ordonnance de 1673. (Art. 23 et 24.) Le Code de commerce l'a conservée, et la loi prévoit tout une classe d'effets propres à recevoir la clause à ordre et négociables par voie d'endossement; ce sont : la lettre de change, le billet à ordre, le connaissement, le billet de grosse, le chèque, le récépissé et les warrants des Magasins généraux; on peut y ajouter les lettres de voiture.

Mais, sous notre législation, les anciennes règles du transport de créances subsistent en matière civile. Conséquence qui paraît nécessaire : la clause à ordre, si on l'introduit dans ces matières n'aura pas ses effets ordinaires; l'endossement ne vaudra que comme simple transfert, lequel ne sera opposable aux tiers que moyennant signification ou acceptation. Telle est la théorie qui semble la plus rigoureuse, celle que les cours d'appel ont à maintes reprises consacrée. (Lyon 22 mars 1830, — Grenoble, 7 février 1835. — Limoges, 27 novembre 1845. — Caen, 14 juin 1876, — Riom, 27 juillet 1875.) D'après le système de ces arrêts, l'article 1690 est d'ordre public ; les parties ne peuvent y déroger. Une exception est faite par le Code de

commerce; on ne peut étendre cette exception au droit civil; en un mot, les cours d'appel résistent à l'extension de l'ordre aux obligations civiles,comme au XVII[e] siècle on avait résisté à son introduction dans les obligations commerciales.

C'est qu'en effet, cette pratique tend à s'établir, et la Cour de cassation l'admet; l'arrêt de Riom a été en effet cassé. (Cass., 8 mai 1877.) [1]

« C'est au nom, dit M. Beudant dans sa note sur cet « arrêt, de la célérité qu'exigent les affaires commer- « ciales, de l'intérêt qu'il y a pour les commerçants à « opérer avec rapidité et économie, que l'on a, au « XVII[e] siècle, apporté une première dérogation au « droit commun de la cession de créance; on reconnaît « maintenant que le temps n'a pas moins de prix dans « la vie civile que dans la vie commerciale, que la « célérité et l'économie sont choses bonnes pour tout « le monde.... [2]. » La Cour de cassation s'est laissé toucher par ces raisons, et elle décide que la clause à ordre dans une obligation civile notariée est valable, et que l'endossement en opère le transport,même à l'égard des tiers.

Que la Cour de cassation viole ainsi la loi, on ne peut le dire, car rien ne prouve que l'article 1690 soit d'ordre public ; mais ce qui est certain, c'est que les auteurs du Code civil n'avaient pas prévu la brèche qui allait être faite aux règles qu'il pose par l'emploi de l'ordre en matière civile. « C'est un spectacle toujours « curieux, dit encore M. Beudant, qui d'ailleurs approuve « la Cour de cassation, que celui des transformations « qui s'opèrent dans les théories de droit sous la seule

1. D. P. 78, 1, 245.
2. Voir, en ce sens, Cassation 7 mai 1879 (D. 79, 1, 307).

« pression des faits et des exigences de la pratique. La « coutume, qu'on a si bien définie « le droit se satis- « faisant en quelque sorte de lui-même », a une force « irrésistible de développement ; les textes, si formels « qu'ils soient, en présence d'aspects nouveaux, d'habi- « tudes nouvelles, de combinaisons jusque-là ignorées, « élargissent comme d'eux-mêmes leur cadre pour y « faire place aux procédés qu'imposent les besoins du « jour [1]. »

Ces réflexions dominent tout ce chapitre et peuvent s'appliquer aux différents exemples qui y ont été cités.

1. Id., *loc. cit.*

(DEUXIÈME FONCTION DE LA JURISPRUDENCE)

(Supplere)

CHAPITRE III

Les textes des lois peuvent seuls servir de base à une décision judiciaire ; ils doivent suffire à régler tous les rapports juridiques, qu'ils sont censés prévoir tous.

Il est certain cependant que la réalité des faits n'est pas ici d'accord avec la théorie. D'une part, dans l'immense complexité des faits juridiques, le législateur n'a certainement pas pu tout prévoir ; et, comme ses formules n'ont pas le caractère d'une absolue généralité englobant toutes les espèces, on est nécessairement amené à résoudre le cas qui se présente, et qui n'est pas particulièrement prévu, en lui appliquant les règles du cas le plus voisin. C'est le procédé d'interprétation connu sous le nom d'argument d'analogie.

Parfois, ce n'est plus un point de détail que le législateur a omis de régler, mais une théorie tout entière. On se réfère alors à la tradition. L'on y trouve le plus souvent la solution des difficultés ; mais il est facile de comprendre que le pouvoir des juges sera dans des cas semblables fort étendu : la tradition n'offre pas la précision d'un texte ; souvent il existe sur le même point deux solutions aussi traditionnelles l'une que l'autre et absolument contradictoires ; enfin la tradition, fût-elle bien fixée, n'est qu'un guide pour le juge ; elle n'est pas obligatoire pour lui, et il a, au fond, une liberté presque complète.

Ces deux séries de cas, points particuliers non réglés, théories générales non exprimées dans la loi, peuvent s'expliquer par un renvoi tacite de la loi, soit à ses propres dispositions, soit à la tradition. Il en est une catégorie auxquels cette application ne peut s'appliquer; ce sont les faits juridiques dont l'apparition est postérieure à la loi, les contrats nouveaux, auxquels elle ne pouvait par conséquent pas songer, pour lesquels on ne peut dire que son silence est une référence. Lorsqu'un tribunal résout une difficulté afférente à l'un de ces cas, soit en se basant sur les principes généraux, soit en usant de l'argument d'analogie, il est certain que son rôle participe ici du rôle législatif.

C'est à ces trois types qu'on peut ramener tous les exemples où la jurisprudence a dû combler les lacunes de la loi, exerçant ainsi la seconde de ses fonctions : points de détail réglés par analogie, — théories générales où la tradition reprend son empire, — matières nouvelles où la loi doit pour ainsi dire être faite de toutes pièces.

A

Le premier groupe est considérable : nombreux sont les points que l'on tranche unanimement en appliquant la solution d'un cas analogue. Mais cette première catégorie ne nécessite pas une bien longue étude; on peut en effet ne pas voir là l'exercice véritable d'un pouvoir prétorien, car l'on peut dire que le silence de la loi équivaut à un renvoi. La mention d'un exemple suffira. La loi accorde, sous certaines conditions, à

l'héritier le bénéfice connu sous le nom de bénéfice d'inventaire. L'une de ces conditions consiste dans l'obligation où il se trouve de faire bon et fidèle inventaire des valeurs de la succession, et ce, dans un délai de trois mois. D'autre part, la loi donne à la femme commune un bénéfice, appelé bénéfice d'émolument, qui offre les plus étroites analogies avec le bénéfice d'inventaire concédé à l'héritier. De même que l'héritier bénéficiaire ne sera tenu de payer les dettes de la succession qu'*intra vires*, de même la femme, en vertu de son bénéfice, ne sera obligée aux dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument. Comme le bénéfice d'inventaire, le bénéfice d'émolument est subordonné à la condition d'un inventaire; mais la loi n'impartit à la femme aucun délai pour procéder à cet inventaire: en faut-il conclure qu'il pourra être utilement dressé à une époque quelconque? Un inventaire tardif n'offrirait plus aucune garantie pour les créanciers; aussi la jurisprudence décide-t-elle unanimement que le délai de trois mois applicable à l'inventaire dressé par l'héritier l'est aussi à celui dressé par la femme: fait après ce délai, il ne conserverait pas à la femme le bénéfice d'émolument. La jurisprudence a ici, au moyen de l'argument analogique, comblé une lacune de la loi.

B

Il arrive que l'interprétation analogique prend une envergure beaucoup plus large: on ne se contente plus de transporter une solution d'un cas particulier à un autre cas particulier. De diverses décisions spéciales on extrait, en s'appuyant le plus souvent sur la tradition, des théories générales sous lesquelles viennent ensuite

se ranger tous les cas particuliers ; ces théories une fois formées par l'induction on en déduit toutes les conséquences.

1° DU DROIT DE RÉTENTION.

La théorie du droit de rétention est un exemple de raisonnement de ce genre.

Le droit de rétention est le droit qu'a, dans certains cas, une personne débitrice d'un corps certain, mais en même temps créancière de certaines prestations, de ne point payer sa dette, et de conserver la possession de ce corps certain tant que ces prestations n'ont pas été accomplies. Il n'existe dans le Code aucune théorie du droit de rétention ; la loi n'indique pas d'une manière générale les conditions nécessaires pour son existence ; elle se contente de le conférer dans certains cas particuliers. Ce droit appartient au créancier gagiste ou antichrésiste ; il est de la nature des contrats de gage et d'antichrèse. L'exercice du droit de rétention n'est ici que l'exécution du contrat, la continuation de l'état de choses créé par ce contrat. Le droit de rétention est donné par le Code dans d'autre cas : en matière de vente, il existe au profit du vendeur sans terme qui n'a pas reçu son prix (art. 1612), et au profit du vendeur à terme en cas de faillite ou de déconfiture de l'acheteur (art. 1613), enfin au profit de l'acheteur à réméré à l'encontre duquel on exerce la faculté de rachat, jusqu'à ce qu'il ait été complètement indemnisé (art. 1673). Le droit de rétention est encore conféré par la loi aux débiteurs suivants de corps certains jusqu'au remboursement des impenses qu'ils ont pu faire sur ces corps certains : le dépositaire (art. 1648), le cohéritier qui doit le rapport en nature d'un immeuble (art. 867), — le fermier ou

locataire expulsé en vertu d'une clause du bail, jusqu'au paiement de l'indemnité fixée (art. 1749). Enfin, aux termes de l'article 2280, « si le possesseur actuel de la « chose volée ou perdue l'a achetée dans une foire ou « dans un marché, ou dans une vente publique, ou d'un « marchand vendant des choses pareilles, le propriétaire « originaire ne peut se la faire rendre qu'en remboursant « au possesseur le prix qu'elle lui a coûté ».

Va-t-on reconnaître aux seuls créanciers que la loi vise le droit de rétention ? Si d'autres créanciers sont aussi favorables, et si, d'autre part, on se trouve en présence de conditions absolument semblables à celles qui se présentent dans les cas légaux, va-t-on le refuser à ces créanciers ?

Quelques auteurs — en très petit nombre — voudraient qu'on le leur refusât [1] ; la jurisprudence et la grande majorité de la doctrine repoussent ce système de stricte interprétation. On a recherché quelles conditions se trouvaient dans tous les cas légaux où le droit de rétention existe, et l'on en a induit une théorie générale du droit de rétention. En possession de cette théorie, on l'applique aux cas particuliers non prévus.

La doctrine n'a point résisté à cette interprétation, empreinte pourtant d'un caractère prétorien : les auteurs comme les tribunaux n'hésitent pas à extraire de la loi une théorie générale du droit de rétention et à en déduire les conséquences.

Ici, se présente un des inconvénients les plus fréquents des interprétations prétoriennes, la diversité ; car cette théorie, faite par les interprètes, va varier suivant l'interprète.

Quelle en sera la base ? La méthode tout indiquée

1 En ce sens : Paul Pont, Mourlon, Baudry-Lacantinerie,

pour déterminer cette base est la suivante : il faudra noter les éléments qui se trouvent dans tous les cas où la loi confère le droit de rétention ; dans les cas où il n'est pas donné par la loi, on l'accordera cependant, si les mêmes éléments se retrouvent tous.

Mais les interprètes diffèrent lorsqu'il s'agit de déterminer ces éléments, nécessaires à l'existence du droit de rétention. Voici pourtant la théorie généralement admise par la doctrine et par les arrêts : on rattache le droit de rétention, soit à l'article 1134 du Code civil, qui porte que les conventions doivent être exécutées de bonne foi, soit à l'article 1184, qui sous-entend la condition résolutoire dans les contrats synallagmatiques, et dispense l'une des parties d'accomplir son obligation, si l'autre partie n'accomplit pas la sienne. Il ne suffira donc pas que deux personnes soient à la fois créancières et débitrices l'une de l'autre, et que l'une des dettes soit d'un corps certain, pour que l'on accorde au débiteur de ce corps certain le droit de le retenir jusqu'à ce qu'il soit de son côté payé de sa dette. Le principe même sur lequel le droit de rétention est fondé impose une première condition pour l'exercice de ce droit: il faut qu'il y ait une relation entre la dette invoquée pour exercer la rétention et la chose détenue, que la dette ait pris naissance à l'occasion de cette chose, ce qu'on exprime par les mots *debitum cum re junctum*.

Cette connexité entre la dette invoquée et la chose retenue se trouve d'ailleurs dans tous les cas où la loi accorde formellement le droit de rétention.

MM. Aubry et Rau n'admettent pas que cette condition soit suffisante ; il faut de plus, d'après ces auteurs, « que la détention se rattache à une convention ou tout « au moins à un quasi-contrat, et que la dette connexe

« à la chose détenue ait pris naissance à l'occasion de « cette convention ou de ce quasi-contrat. » Si l'on songe que le droit de rétention est rattaché généralement à l'article 1184, qui sous-entend la condition résolutoire dans les *contrats*, ou à l'article 1134 qui porte que les *conventions* doivent être exécutées de bonne foi, cette exigence peut paraître légitime [1].

Nous voyons qu'ici l'on a extrait des textes du Code une théorie en s'aidant de la tradition ; car la loi romaine et l'ancien droit sont invoqués pour la solution des questions que cette théorie comporte. Sauf quelques résistances, restées isolées, dans la doctrine, cette théorie est admise par la jurisprudence et même par les auteurs. Il est vrai de dire qu'elle n'est pas une : tous les interprètes ne sont pas d'accord sur son fondement et sur ses applications. Malgré ces dissidences, s'est fait jour une théorie du droit de rétention, basée sur la législation antérieure et sur une interprétation analogique des articles du Code. L'interprète a donc ici comblé une lacune de la loi.

2° ACTION PAULIENNE.

L'action révocatoire dite action Paulienne est l'action donnée aux créanciers par l'article 1167, al. 1er, du Code civil, qui leur permet d'attaquer, « en leur nom personnel, les actes faits par leur débiteur en fraude de leurs droits ».

Les conditions de son exercice sont : 1° le préjudice, car où il n'y a pas d'intérêt, il n'y a pas d'action ; 2° la fraude.

Fraude de la part de qui? D'abord et bien évidem-

1. V. notamment sur cette question : Larombière, *Obligations*, t. 2, n° 37 et suiv. — Demolombe, — Aubry et Rau, t. 3, § 256 *bis*.

ment, de la part du débiteur. Mais l'action Paulienne réussira-t-elle contre un acquéreur de bonne foi? En d'autres termes, faut-il, pour qu'elle réussise, que le tiers qui a traité avec le débiteur,qui sera en dernière analyse la personne lésée, soit complice de la fraude? On fait à cet égard une distinction : si le tiers est un acquéreur à titre onéreux, sa complicité est exigée pour le succès de l'action ; s'il est acquéreur à titre gratuit, la fraude du débiteur suffira,et l'acte sera révoqué, le donateur fût-il de bonne foi.

Cette distinction est admise sans la moindre contestation ; elle est traditionnelle, remonte au droit romain et est parfaitement équitable. Dans le cas de l'acquéreur à titre gratuit, cet acquéreur *certat de lucro captando;* les créanciers *certant de damno vitando*: on leur donne,et avec grande raison,la préférence.Au contraire, s'il s'agit d'un acquéreur à titre onéreux, lui aussi *certat de damno vitando;* et comme il est en possession, on lui donne, à condition qu'il soit de bonne foi, la préférence en vertu de l'adage : *In pari causa, melior est possidentis.*

Tout cela est fort juste ; mais où se trouve, *dans la loi,* une telle distinction? Il n'y en a pas de trace. La loi parle des actes faits par le débiteur en fraude des droits des créanciers, sans faire aucune distinction au point de vue de la complicité entre l'acquéreur à titre onéreux et l'acquéreur à titre gratuit. On ne pourrait pas certainement prétendre que la loi a consacré cette distinction, en invoquant les articles 446 et 447 du Code de commerce, qui l'admettent pour les actes faits par un commerçant après la cessation des paiements ou durant les dix jours qui ont précédé cette époque. La matière de la faillite est une matière toute spéciale, et ses règles ne sauraient en aucune façon être étendues à

la déconfiture. C'est ainsi que, dans le même article 447, nous voyons que tout paiement fait autrement qu'en espèces ou effets de commerce, ou toute hypothèque contractée dans la période de cessation des paiements et des dix jours précédents sont déclarés nuls de plein droit. On ne saurait certainement songer à étendre cette disposition à la déconfiture : ici, il n'y a point cette période suspecte durant laquelle la fraude est présumée et n'a pas besoin d'être prouvée.

Ce n'est donc point *dans la loi* que la distinction qui nous occupe trouve son fondement ; c'est dans l'équité, — car elle est éminemment juste, — c'est dans la tradition : elle remonte en effet au droit romain, elle a toujours été admise dans l'ancien droit. On l'étaye d'adages et de brocarts qui donnent sur ce point aux auteurs modernes l'allure de juristes de l'ancien droit.

On supplée ici à l'absence de textes par la tradition. Sur ce point, on est en partie régi par la coutume, puisque la loi a gardé un silence qu'on interprète par un renvoi tacite à la tradition.

La jurisprudence aura dès lors une plus grande latitude pour exercer son rôle prétorien, pour juger en équité. Elle ne se trouve plus, en effet, en face de textes auxquels il est parfois impossible d'échapper, qu'on ne parvient, dans tous les cas, à éluder que par des subtilités d'interprétation et à force d'ingéniosité. Pour transgresser la tradition, il ne faut pas tant de façons ; elle n'a en effet rien d'obligatoire. Et la jurisprudence admettra sans hésiter une solution qui lui paraîtra plus équitable, alors que la solution contraire, admise par tous les auteurs, résulte de la tradition et de la déduction logique des principes de la matière.

Nous trouvons, en effet, dans cette question de l'action Paulienne, un point où la jurisprudence est en

désaccord avec l'unanimité des auteurs. Ce point est celui-ci : la constitution de dot est-elle un acte à titre gratuit, ou, au contraire, un acte à titre onéreux, et, à ce titre, la fraude du constituant suffit-elle ou ne suffit-elle pas pour le succès de l'action Paulienne ? A l'égard du mari, c'est certainement un acte à titre onéreux; il ne tient pas directement ses droits du constituant: mais on considère qu'il les tient de sa femme, et qu'un contrat tacite intervient entre les époux. La femme, qui vient de recevoir un bien en dot, l'apporte à son mari, à charge par lui de subvenir aux besoins du ménage. Cette charge, dont la femme profitera, donne à ce contrat le caractère d'un contrat à titre onéreux. Le mari est donc sous-acquéreur à titre onéreux du constituant; et, si les créanciers font rescinder la constitution de dot comme faite en fraude de leurs droits, cette rescision ne portera atteinte aux droits de jouissance du mari que s'il a été complice de la fraude.

Mais, et c'est là la question où la jurisprudence est en désaccord avec toute la doctrine, que faut-il décider en ce qui concerne la femme ? Les auteurs, sauf Duranton et Duvergier, répondent : la constitution de dot, qui dépouille le constituant sans aucun avantage pour lui, ne peut être considérée que comme un contrat à titre gratuit, soumis par conséquent à la rescision de l'article 1167, sans qu'on ait à prouver la complicité de la femme. La jurisprudence est absolument fixée en sens contraire ; cet acte ne peut être attaqué, même en réservant le droit de jouissance du mari de bonne foi, que si l'on prouve que la femme qui a reçu la dot est complice de la fraude du constituant [1]. La jurisprudence

1. Paris, 31 janvier 1845 (Sir., 45, 2, 129). — Cass., 2 mars 1847 (Sir., 47, 1, 186). — Cass., 23 juin 1847 (Sir., 47, 1, 817, et D., 47, 1, 241).

va plus loin. Les donations faites à cause de mariage, telles que celle que reçoit de son père le fils qui se marie, sont assimilées à la dot et constituent un contrat à titre onéreux, où la fraude du donataire doit être prouvée pour qu'il y ait lieu à révocation [1]. Cette jurisprudence est constante.

Cette double solution est-elle juridique ? Tous les auteurs la rejettent, et, en effet, elle ne saurait en droit se justifier : le droit romain et l'ancien droit sont en sens contraire, et la matière est toute traditionnelle.

Les motifs invoqués par la jurisprudence sont les suivants : d'abord la garantie de la dot est due (art. 1440 et 1547); donc, dit-on, le contrat est à titre onéreux, car le donateur ne doit pas la garantie. A cet argument, qui d'ailleurs ne pourrait être invoqué que pour le cas de constitution de dot, et non pour le cas de donation en faveur du mariage, il est bien facile de répondre. La non-garantie est à la vérité de la nature de la donation ; elle n'est pas de son essence, et les parties peuvent dans toute donation stipuler la garantie.

On ne peut soutenir davantage que la constitution de dot ou la donation en faveur du mariage trouvent leur caractère d'acte à titre onéreux dans ce fait que les biens sont donnés sous une certaine affectation : l'affectation aux charges du mariage. En effet ces charges du mariage, qui doit les supporter ? Ne sont-ce pas les époux, et, aussi bien que l'autre, celui auquel la donation a été faite ou la dot constituée ? Or, peut-on dire, écrit M. Baudry-Lacantinerie, qu'un débiteur reçoit à titre onéreux les biens qui lui sont donnés avec affectation au paiement de ses dettes ? [2]

1. Cass., 11 mars 1848 (D., 48, 1, 66, et Sir., 48, 1, 437). — Poitiers, 21 août 1878 (D., 79, 2, 7).

2. Tome III, n° 363.

En tout cas, le donateur ne stipule rien pour lui; le contrat est à son point de vue bien évidemment gratuit. On se trouve donc en présence d'un contrat à titre gratuit à l'égard du donateur, à titre onéreux à l'égard du bénéficiaire : cela est, il faut l'avouer, bien bizarre.

Mais cette théorie qu'on dit être celle de la jurisprudence, et que paraît en effet impliquer nécessairement ses décisions, n'est point proclamée si nettement par elle. Là encore, nous nous trouvons en présence de motifs et d'expressions vagues, tels qu'on en voit dans toutes les solutions qui n'ont pas un caractère strictement juridique. On veut, à tort ou à raison, un résultat, qui est le maintien de la donation faite en faveur du mariage, à moins que les deux époux ne soient complices de la fraude. On ne se préoccupe pas de la rigueur de la théorie. L'arrêt de 1847 [1] paraît exprimer les vrais motifs qui ont guidé la jurisprudence : « Attendu, dit cet arrêt, ..., que l'art. 1540 C. civ. déclare que, quel que soit le régime contractuel adopté par les époux, la dot a pour destination essentielle de pourvoir aux charges de l'union conjugale ; qu'ainsi l'acte qui constitue la dot n'est pas de pure bienfaisance, mais *participe des contrats onéreux*, à l'égard de chacun des époux ; — que, sous ce rapport, il a un *caractère particulier* qui doit même le faire distinguer de tous les actes de libéralité contenant des conditions onéreuses ; qu'en effet, le contrat de mariage est un pacte de famille, *immuable de sa nature, conclu en vue d'assurer les moyens d'existence de la famille nouvelle et l'accomplissement* de toutes les obligations qui pèsent sur l'un et sur l'autre des époux, encore qu'une

1. 23 juin 1847 (D. 47, 1, 241).

séparation de corps serait prononcée entre eux. »

Ce dernier membre de phrase mérite de nous arrêter, car il donne l'explication de la théorie de la jurisprudence. Nous allons pouvoir retracer la marche qu'elle a suivie. Une dot est constituée à une fille en fraude des créanciers du constituant ; mais les époux sont de bonne foi. Le droit de jouissance du mari ne pourra être troublé, même d'après le système des auteurs, et la famille nouvelle ne se verra pas privée de ses moyens d'existence. Mais, à la dissolution du mariage, ou *si la séparation de corps a été prononcée, et que le mari ne se défende pas* et s'en rapporte à justice, les créanciers exerceront utilement leur action, et la famille sera sans ressources. La jurisprudence a répudié cette différence et voulu éviter que le mari séparé de corps pût, par malveillance, par insouciance ou par collusion avec les créanciers, en refusant de se défendre ou en acquiesçant aux poursuites, réduire sa femme à la misère. L'idée de protection de la femme, qui peut être souvent saisie dans les solutions jurisprudentielles, apparaît encore ici.

Une fois cette théorie admise, on a été plus loin. Au lieu d'une constitution de dot, on se trouve en présence d'une donation frauduleuse faite au mari en faveur du mariage. (Les époux sont toujours et par hypothèse de bonne foi.) Ici, si l'on admet que c'est un acte gratuit, l'action des créanciers ne trouvera aucun obstacle et réussira même durant le mariage et sans qu'il y ait de séparation de corps ; car elle ne se heurte pas à un droit de jouissance analogue à celui du mari sur la dot. La « famille nouvelle » va donc se trouver ruinée : la jusprudence ne l'a pas voulu.

Tels sont les motifs qui nous paraissent avoir ici guidé la jurisprudence. Leur mérite est certainement

contestable, et l'on peut soutenir que, si elle protège la femme et la famille, c'est aux dépens de tiers victimes d'une fraude. Quoi qu'il en soit, ce sont des motifs d'ordre exclusivement pratique. Nous nous trouvons encore ici en présence d'une de ces théories du résultat qui séparent sur tant de points la jurisprudence de la doctrine.

C

Nombreux sont sans doute les points où, dans différentes matières, l'interprétation a dû avoir recours à la tradition. Il est plus intéressant encore de la voir suppléer au silence du Code, non plus en s'inspirant des théories du passé, mais en se conformant à la pratique du présent ; c'est là surtout que son rôle mérite le nom de prétorien. Nous verrons plus loin que ce phénomène n'est pas rare dans diverses branches du droit. En droit civil, il devait, on le conçoit aisément, se produire moins souvent que dans le droit commercial ou le droit international, par exemple. Ces matières ont pris, avec les progrès de la civilisation, un développement non soupçonné à l'époque des codes; le Code civil avait déjà derrière lui un bagage considérable : les intérêts qu'il régit sont anciens comme la civilisation.

Pourtant, même en des matières purement civiles, des besoins nouveaux se sont développés, des changements se sont produits dans les relations et dans les habitudes. C'est dans de tels cas que la jurisprudence est nécessairement appelée à exercer d'une façon bien nette la partie de sa fonction prétorienne qui consiste à *supplere*.

Au premier rang des matières dans lesquelles la coutume doit nécessairement suppléer au silence de la

loi, se trouve la très importante question des assurances. Le Code de commerce règle les assurances maritimes (tit. X[e]); deux autres espèces d'assurances, d'application journalière et constante, n'y sont point prévues: ce sont les assurances terrestres et les assurances sur la vie. C'est qu'en effet l'un et l'autre de ces contrats sont d'invention récente.

1° ASSURANCES TERRESTRES.

Le contrat d'assurance était inconnu des anciens. Les quelques textes de Tite-Live, de Cicéron et de Suétone invoqués à l'appui de l'opinion adverse sont fort vagues et peuvent s'expliquer autrement. L'assurance terrestre a pris naissance en Angleterre. La date précise de son apparition dans ce pays ne peut être déterminée ; la première société d'assurance des maisons a été fondée en 1684 à Londres: c'est la *Friendly society fire office*. Les assurances ont pris depuis en Angleterre un essor rapide ; les autres pays ont imité l'exemple de l'Angleterre.

En France, l'assurance terrestre a fait son apparition vers le milieu du XVIII[e] siècle. On en trouve la première trace en 1754, où une compagnie d'assurances maritimes obtint le privilège à Paris d'assurer les maisons contre l'incendie. Deux compagnies d'assurances contre l'incendie furent autorisées et privilégiées en 1786. La Révolution les anéantit : elles étaient comprises dans les sociétés financières supprimées par les décrets des 17 vendémiaire et 29 messidor an II. C'est seulement à partir de la Restauration que les sociétés d'assurances se développèrent. La première est de 1816.

L'assurance terrestre s'applique à divers risques : la grêle, l'incendie, etc... C'est ce dernier risque qui

forme la branche la plus importante des assurances. L'assurance sur la vie forme une branche toute spéciale qui mérite une mention particulière.

Les assurances contre l'incendie ont aujourd'hui, en France, un développement immense ; les compagnies qui ont pour but d'assurer ce risque sont très nombreuses ; les immeubles de quelque importance sont presque tous assurés, et le régime de l'assurance constitue la règle de la propriété bâtie.

Des règles de droit devront donc être posées relativement à ce contrat, devenu d'usage général et fréquent : où trouver ces règles ? On peut répondre que ce n'est pas dans la loi. Nous venons de voir qu'à l'époque du Code, le contrat d'assurance n'existait pour ainsi dire pas; aucune loi n'est venue postérieurement au Code réglementer la matière. Des projets élaborés en 1834 et en 1837 n'ont pas abouti; il faut donc que la pratique et notamment la jurisprudence suppléent au silence de la loi. On cherchera en premier lieu les textes généraux contenant des principes pouvant être appliqués aux assurances. Ces textes sont peu nombreux; on peut citer les articles 1733, 1734 et 1934 du Code civil, les lois du 11 juillet 1858 et du 19 février 1889. On a recours aussi à des analogies puisées dans la loi maritime.

Ces textes si peu nombreux peuvent servir de points d'appui pour l'édification d'une théorie ; on ne peut dire qu'ils constituent une législation des assurances : il faut bien reconnaître que cette importante matière n'est pas régie par la loi. La coutume a ici, dans le silence de la loi, repris toute son importance. Les juristes et les tribunaux ont posé un certain nombre de principes qui sont universellement adoptés. On n'est pas d'accord, bien évidemment, sur tous les points ; mais la pratique a su dégager et bâtir une théorie générale, et, dans cette

matière, où il semble que toutes les divergences soient possibles, il y a moins de controverses que dans bien des matières minutieusement réglées par la loi.

La pratique est donc arrivée à faire une théorie et une véritable législation sur les assurances, en dehors de toute intervention législative. Cette théorie se tient, repose sur des principes qui, proclamés par les arrêts, non par la loi, n'en sont pas moins incontestés et servent de base à une foule de déductions. Ce contrat nouveau a été analysé, disséqué ; on en a précisé les caractères : le contrat d'assurance est un contrat synallagmatique à titre onéreux et aléatoire. Deux grands principes dominent en outre la matière, forment des axiomes aussi inattaquables que s'ils étaient contenus dans un texte : 1° l'assurance ne doit jamais dégénérer en pari ; 2° l'assurance est essentiellement un contrat d'indemnité, c'est-à-dire qu'elle ne peut jamais devenir pour l'assuré une source de bénéfice, mais le couvre seulement du préjudice éprouvé.

La pratique et la doctrine ont réglé tous les points importants de cette matière. Elles ont déterminé la capacité requise pour passer le contrat, qu'elles considèrent de la part de l'assuré comme un acte de pure administration, les formes de ce contrat, les obligations de l'assureur et de l'assuré, les causes de résiliation, la compétence et la procédure.

Les questions secondaires sont fort nombreuses, et peuvent donner lieu à des dissidences ; ces discussions, encore une fois, ne sont pas plus nombreuses que dans telle ou telle matière réglée par le Code, et la jurisprudence n'y est pas plus incertaine. Cette matière offre donc ce spectacle curieux d'une partie du droit civil, sous le règne de la codification à outrance, régie cependant par la coutume.

La plupart des pays étrangers nous ont devancés à cet égard, et la loi y est venue déjà sanctionner cette création de la pratique. Ce sont, par exemple l'Autriche (art. 1288 du Code de commerce), la Belgique (loi du 11 juin 1874, qui forme les titres X et XI du Code de commerce), l'Espagne (liv. IV du Code de commerce de 1885), l'Italie (Code de commerce de 1882, liv. Ier), les Pays-Bas (Code de commerce de 1838), le Portugal (art. 625). Pourtant le Code allemand, imitant sur ce point le législateur français, ne s'est occupé que des assurances maritimes. Le projet prussien réglementait les assurances terrestres; mais la commission de Nuremberg pensa qu'en général les clauses des polices suffiraient à trancher toutes les difficultés, et *qu'une réglementation de contrats aussi nouveaux que les assurances, dont on ne connaissait pas encore toutes les applications possibles, était de nature à arrêter leur libre développement et leurs progrès.* Il est intéressant de voir une commission législative reconnaître ainsi le rôle prépondérant de la coutume, et proclamer que la loi ne doit intervenir qu'une fois qu'elle est constituée, pour lui donner une sorte de consécration.

2° ASSURANCES SUR LA VIE.

On nomme ainsi une convention qui, moyennant le paiement d'une prime, garantit les individus du préjudice que leur décès peut causer à des tiers. Ces conventions sont susceptibles d'une multitude de combinaisons.

C'est encore en Angleterre que l'assurance sur la vie est apparue d'abord, et a pris le plus grand développement. La première grande société qui s'y est formée dans ce but a été autorisée en 1706. En France, les assurances sur la vie se sont introduites difficilement

La première autorisation remonte à 1787. Les quelques compagnies qui existaient à la Révolution furent comprises dans la suppression générale des compagnies financières édictée par la Convention.

A l'époque du Code, ce contrat était si exceptionnel, qu'il a été complètement laissé de côté. Aujourd'hui, il a pris de très grands développements ; ce n'est donc que par l'application des principes généraux et d'analogies que l'on est parvenu à en déterminer la nature et les effets. Il est unanimement reconnu que le contrat d'assurance-vie, n'étant défini ni par le Code civil ni par aucune loi spéciale, est une création de la jurisprudence appliquant le principe de la liberté des conventions.

Cela est si vrai, que la légalité de ce contrat a même été contestée. On a parfois regardé l'assurance sur la vie comme immorale et contraire au principe que la vie des hommes n'est pas appréciable en argent : *liberum corpus æstimationem non recipit*, — et à l'ordonnance de 1681, qui défend textuellement d'assurer sur la vie, cette ordonnance n'étant pas expressément abrogée. Depuis longtemps, la légalité des assurances sur la vie ne fait plus question : elles n'ont en effet rien d'immoral, mais constituent au contraire un acte louable de prévoyance familiale. D'autre part, la prohibition de l'ordonnance de 1681 ne vise que les contrats où les personnes étaient confondues avec les marchandises. D'ailleurs, les nombreuses autorisations données par le gouvernement à des compagnies d'assurances étaient un argument de plus en faveur de la légalité de ce contrat.

La légalité des assurances sur la vie est aujourd'hui hors de conteste. Les objections qu'on avait soulevées, tendant à en discuter le principe même, prouvent au moins d'une manière irréfutable qu'elles ne sont pas prévues par la loi.

Dans certaines de leurs modalités, elles pourraient donner prise à des objections plus sérieuses que celles qui tendaient à mettre en doute leur légalité d'une manière générale. Très souvent, le contrat d'assurance sur la vie revêt la forme suivante : une personne, le père de famille par exemple, stipule le payement d'une somme payable à son décès à des tiers, sa femme ou ses enfants, qui ne sont en aucune façon parties au contrat. Comment concilier cette convention avec les art. 1119 et suivants du Code civil, aux termes desquels on ne peut stipuler pour autrui, sauf si l'on fait de cette stipulation l'accessoire, la condition d'une stipulation faite dans un intérêt personnel ? On n'hésite pas cependant à admettre la validité de cette modalité du contrat d'assurance-vie ; la jurisprudence sanctionne cette variété de la stipulation pour autrui en se basant sur ce qu'il suffit, pour que cette stipulation soit valable, que le stipulant y ait un intérêt moral. Cette solution est évidemment fort équitable, très heureuse : est-elle bien conforme aux termes beaucoup plus terre à terre des articles 1119-1121 du Code civil ?

Passant ainsi sur les entraves qu'apporterait au développement des assurances sur la vie l'application trop stricte de textes qui ne pouvaient les viser, la jurisprudence a édifié de toutes pièces la théorie des assurances sur la vie. Elle a déterminé la nature du contrat, synallagmatique, commutatif et aléatoire ; elle a fixé les conditions de capacité de l'assureur et de l'assuré, leurs obligations respectives.

De l'aveu de tous, la jurisprudence a ici suppléé au silence de la loi. Il existe un contrat fort répandu qui n'est réglé par aucun texte : les assurances et spécialement les assurances sur la vie sont sous le régime de la coutume.

CHAPITRE IV

QUELQUES CAS D'EXTENSION DES ATTRIBUTIONS DES TRIBUNAUX.

La loi reconnaît aux tribunaux un large droit d'apprécier les faits et les conventions, et, d'autre part, celui d'assurer l'exécution de leurs jugements. Elle leur donne aussi, dans un grand nombre de cas, une mission de surveillance sur les intérêts privés, et leur réserve notamment le droit d'accorder des autorisations à certains incapables.

Nous rangeons sous la présente rubrique quelques cas où les tribunaux paraissent avoir donné une certaine extension à ce droit et à cette mission.

Parfois, les tribunaux qui son chargés d'interpréter les conventions privées, en partant de ce principe qu'elles doivent avoir un sens raisonnable, vont très loin dans cette mission. Rapportons à titre d'exemple le curieux cas suivant, cité par Larombière[1] : un cheval avait été vendu tant, payable dans un million d'heures. Le vendeur fut tout étonné d'apprendre à l'audience qu'il avait accordé un terme de près de 115 années. *Les juges maintinrent la vente et fixèrent un délai.*

Nombreux sont les cas où les tribunaux s'arrogent le droit d'ordonner des mesures dont l'utilité pratique

1. *Théorie des obligat.*, t. II, p. 445.

est certaine, mais dont la légalité pourrait être contestée.

A. — Après la séparation de biens prononcée, le mari ne reste pas moins le chef du ménage. Strictement, c'est lui qui a le droit d'appliquer aux dépenses du ménage les sommes qui représentent la part contributive de la femme dans ces dépenses; mais il peut arriver qu'il les dissipe. Les tribunaux, pour remédier à ce danger, autorisent souvent la femme à faire elle-même l'emploi de ces sommes en payant directement les fournisseurs. Cet expédient, fort utile et dont le but est fort louable, fait pourtant évidemment échec à la puissance maritale [1].

B. — On ne trouve pas prévue dans la loi la mesure, constamment édictée par les tribunaux, qui consiste, après avoir confié la garde des enfants à l'un des deux époux divorcés, à lui enjoindre d'envoyer ces enfants à l'autre époux à des jours fixes.

C — *Dommages-intérêts employés comme moyen comminatoire.*

« Les dommages-intérêts dus au créancier, dit « l'article 1149 du Code civil, sont..... de la perte qu'il a « faite et du gain dont il a été privé..... » et Dalloz [2] les définit : « L'indemnité du dommage éprouvé par quelqu'un « ou du bénéfice dont il a été privé. »

Tel est le caractère purement rémunératoire des dommages-intérêts, dont la seule base peut être le *damnum emergens* ou le *lucrum cessans*. Conséquences :

1. Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. III, n° 87. *Rép.* v° *Dommages-intérêts*.

les dommages-intérêts ne pourront être prononcés qu'en faveur de la partie qui a éprouvé un préjudice ou a été privée d'un bénéfice appréciables en argent; et, comme corollaire, les dommages-intérêts constituent une appréciation du préjudice, irrévocable comme ayant l'autorité de la chose jugée.

Tous les auteurs proclament ce principe [1].

La jurisprudence française le laisse de côté, et est arrivée à faire des dommages-intérêts une *astreinte* pour assurer l'exécution de certaines de ses décisions. Ainsi, un tribunal condamnera une partie à accomplir un acte, tel par exemple que la remise des enfants par la mère à qui la garde en avait été confiée, puis retirée. Pour assurer l'exécution du jugement, il la condamnera à payer au mari demandeur tant par jour de retard. Le mari cependant n'éprouve de la non-exécution aucun préjudice pécuniaire, et la mesure apparaît comme un simple moyen de coercition [2].

La conséquence de ce système est que ces dommages-intérêts, ayant dans de tels cas un caractère comminatoire, au lieu d'être la représentation d'un préjudice, ne seront pas irrévocables, et que la décision n'aura pas l'autorité de la chose jugée: ils pourront être diminués par une décision postérieure [3].

La jurisprudence belge n'a pas été aussi hardie que la jurisprudence française, et ne reconnaît pas aux

1. Demol., tome xxiv, n° 494.— Aubry et Rau, § 299.— Laurent, tome xvi, n° 301. — Huc, tome vii, n° 145.

2. V. notamment arrêt dans D., 91, 1, 131; 89, 1, 382; 89, 1, 259. — D., 91, 1. 128; 75, 1, 460 et les diverses décisions dans l'affaire Beauffremont (D., 82, 2, 81), et la note. — (D., 78, 2, 125). V. aussi D. *Supp.* v° *Chose jugée*, n°s 231 et suiv.

3. Plusieurs des arrêts précités : D. 89, 1, 382 et 1, 259 ; 91,1, 131 et 1, 128; 75, 1, 460.

tribunaux le droit de changer ainsi le caractère légal des dommages-intérêts, pour en faire un moyen de coercition [1].

Le caractère prétorien de l'interprétation française est incontestable. Elle détourne, en effet, la nature des dommages-intérêts telle qu'elle est conçue par tous les auteurs, et cela dans un but facile à comprendre : « Les « juges ont en réalité entendu créer un moyen d'exécu- « tion en dehors de ceux autorisés par la loi [2] ». Et la jurisprudence proclame « qu'il appartient au tribunal de « prendre, pour assurer l'exécution de ses jugements, « tous moyens de coercition qu'il croit propres à assurer « le but fixé [3] ».

1. Cass. belge, 19 janvier 82 (D., 82, 2, 81.)
2. Huc, *loc. cit.*
3. Jugement du tribunal de la Seine du 30 mars 1876, déjà cité (D., 78, 2. 126).

CHAPITRE V

CODE DE PROCÉDURE CIVILE.

§ Ier

RÉFÉRÉS.

La tâche ou, si l'on préfère, la tendance de la jurisprudence qui consiste à faire le droit est rendue particulièrement facile, et s'impose presque quand la loi emploie des expressions vagues qui sont comme la reconnaissance de ce pouvoir.

La matière des référés en est l'exemple le plus frappant. L'article 806 du Code de procédure civile donne pouvoir au juge des référés de statuer *dans tous les cas d'urgence, lorsqu'il s'agit de difficultés relatives à l'exécution des titres exécutoires ou des jugements.*

A. — Le manque de précision de ce texte laisse le champ libre au développement d'une jurisprudence qui se suffit presque entièrement à elle-même, et est loin de la simple interprétation. « L'opinion que la législation « qui régit les référés est défectueuse et incomplète, « dit M. Bertin, date de loin, et aujourd'hui encore, a de « nombreux partisans ; nous avons souvent entendu « des magistrats formuler la pensée que les articles 806 « et suivants du Code de procédure ne pouvaient suffire « à la solution des questions qui se produisaient en

« référé, et que le président et la cour étaient souvent, « à défaut de la loi, dans la nécessité de résoudre les « difficultés qui leur étaient soumises en prenant pour « guide l'équité [1]. »

Il est vrai que cet auteur a une autre opinion, et pense que le titre des référés, « suffisant pour les besoins de 1806, ne l'est pas moins pour les besoins actuels et futurs » ; mais il s'empresse d'ajouter : « Cette opinion est, nous le reconnaissons, contraire à celle du plus grand nombre. »

Il faut avouer que cette opinion « du plus grand nombre » a pour elle le développement même que la juridiction des référés a pris d'abord sous l'impulsion de M. de Belleyme, et a continué sans interruption à prendre depuis.

Le cas d'urgence, *le cas pressant*, telle est l'hypothèse où apparaît la nécessité d'une décision exceptionnellement rapide, qui porte dans le Code de procédure civile le nom d'ordonnance de référé.

Le premier texte officiel qui sanctionne une pratique analogue dans l'ancien droit est l'édit de janvier 1685 applicable seulement au Châtelet de Paris. Il est probable que la coutume avait devancé la loi : on voit l'origine de cette assignation exceptionnelle par sa rapidité, qui se nomme aujourd'hui assignation en référé, dans la clameur de haro. La clameur de haro, qui elle-même ressemble à la coutume romaine d'amener une partie devant le magistrat en la saisissant *torto collo*, était particulière à la Normandie. Le haro est une voie de droit permise seulement dans les *cas pressants*, par laquelle une personne cite elle-même son adversaire

1. Bertin, *Ordonnances de référé*, p. 24.

devant le juge le plus proche pour obtenir de ce juge une décision *provisoire*.

Ce caractère de mesure provisoire est conservé, dans l'édit de 1685, aux décisions que prendra le lieutenant civil. L'édit énumère les cas pressants où ces décisions interviendront ; mais l'énumération n'est pas limitative, et la jurisprudence avait ajouté un grand nombre de cas à ceux prévus par l'édit. En une telle matière, en effet, une énumération limitative ne se comprendrait pas, les *cas pressants* étant infiniment divers et nombreux.

Le Code l'a compris, et il emploie la formule la plus vague : le juge des référés statuera « *dans tous les cas* « *d'urgence*, ou lorsqu'il s'agit de difficultés relatives « à l'exécution des titres exécutoires ou des jugements ».

On reconnaît généralement, après controverses, qu'il y a là deux causes distinctes de référés, et que l'urgence n'est pas nécessaire pour que le référé intervienne sur une difficulté relative à l'exécution des titres exécutoires ou des jugements. Le texte paraît du reste bien clair et bien formel.

D'après la loi elle-même, la compétence du juge des référés est très vaste : cas d'urgence et difficultés relatives à l'exécution. Le vague de ces termes a permis en outre de l'étendre, et la juridiction des référés a pris un développement que le législateur n'avait certainement pas prévu : les présidents, comme l'ancienne jurisprudence, ont fait rentrer sous le titre élastique des cas d'urgence une très grande quantité d'espèces. Le premier essor a été donné, et dans de larges proportions, par M. de Belleyme ; depuis, la juridiction des référés n'a cessé de s'étendre.

La jurisprudence des Cour d'appel et de la Cour de cassation a même, dans un assez grand nombre de cas,

dû réprimer la trop grande ardeur des juges des référés. Ceux-ci ont alors, quand ils l'ont pu, employé des moyens indirects pour arriver, malgré la sanction des juridictions supérieures, à des résultats qui leur semblaient équitables.

Le juge des référés, voyant de plus près les intérêts et l'urgence d'une mesure, est touché davantage par les raisons d'équité, décide d'une façon plus prétorienne ; les Cours d'appel et surtout la Cour de cassation sont plus loin de l'intérêt privé qui se débat, et jugent d'une manière plus théorique. Un exemple permettra de se rendre compte de cette sorte de lutte entre les deux jurisprudences, partant de principes différents.

B. — La pratique suivante se rencontre fréquemment : le président du tribunal est saisi d'une requête afin d'obtenir la permission de saisir-arrêter : il accorde cette permission, mais introduit dans son ordonnance cette clause, devenue de style : « Sous réserve de nous « en référer en cas de difficulté ». Cette clause réserve au président le droit d'annuler, par une ordonnance de référé, sa première ordonnance : jusqu'à quelle époque le pourra-t-il ? La controverse est vive sur ce point, même entre les diverses chambres de la cour de Paris. Le peut-il une fois que le tribunal a été saisi de l'affaire par la signification au débiteur de l'assignation en validité de la saisie-arrêt ? Plusieurs arrêts admettent que cette signification ne fait pas obstacle au droit du président d'user de la faculté qu'il s'est réservée. D'après les uns, il conserve le droit de rapporter sa première ordonnance jusqu'au jugement du tribunal statuant sur la demande en validité [1]. D'autres arrêts admettent

1. Alger, 7 novembre 1892 (D., 93, 11, 531). — Paris, 18 juillet 1889 (D., 91, 2, 49) ; 24 avril 1891 (D., 91, 5, 467) ; 22 janvier 1892 (D., 92, 2, 419).

des théories moins larges, et décident que le président est dessaisi quand le débiteur a renoncé expressément ou tacitement au droit de référé qui lui avait été réservé. On induit cette renonciation soit des conclusions signifiées par lui, tendant à la mainlevée de la saisie [1], soit de la seule constitution d'avoué par le débiteur saisi ou de l'expiration d'un délai non justifié [2].

Enfin, un dernier système est adopté par un grand nombre d'arrêts de cours d'appel, et est celui de la Cour de cassation. Le président ne peut user de la réserve qu'il a insérée dans sa première ordonnance et rétracter cette ordonnance, dès que le tribunal civil est saisi de la demande en validité de saisie-arrêt par l'assignation signifiée au débiteur saisi [3].

Cette doctrine de la Cour de cassation arguë de ce que, le tribunal une fois saisi, le président ne peut le dessaisir, même en s'appuyant sur la réserve qu'il a faite. Le tribunal a la plénitude de juridiction en cette matière : le président, en annulant, après que le tribunal est saisi, la validité de la saisie-arrêt soumise au tribunal par une demande régulière, fait échec à ce principe, et l'ordonnance de référé annulant cette saisie porte préjudice au principal, puisqu'elle rend inutile et sans

1. Paris, 23 mars 1867 (D., 67, 2, 65).

2. Paris, 6 août 1866 (D., 67, 2, 65). — Rouen, 17 juillet 1879 (D., 80, 2, 32). — Paris, 5 janvier 1889 (D., 90, 1, 477) * ; 9 septembre 1889 (D., 90, 1, 469).

3. Paris, 28 août 1879 (D., 81, 2, 30). — Cass., 10 novembre 1885 (D., 86, 1, 209). — Aix, 29 novembre 1886 (D., 87, 2, 193). — Cass., 5 mars 1890 (D., 90, 1, 477). — Paris, 3 octobre 1891 (D., 92, 2, 187); 29 janvier et 17 février 1892 (D. 92, 2, 420 et 540). — Cass., 24 février 1892 (D., 93, 1, 12).

* V. cet arrêt et la note de M. Glasson. — V. aussi, sur cette question, Garsonnet, *Traité de procédure*, tome III, 697 et s.

portée la décision sur le fond. L'article 809 du Code de procédure civile serait donc violé.

Cette théorie, qui est celle de la Cour de cassation, paraît inattaquable en droit ; mais, quelle en est, en fait, la conséquence ? En fait, le débiteur saisi ne connaît et ne peut connaître l'ordonnance ordonnant la saisie que par la signification qui lui est faite de l'assignation en validité de cette saisie ; or, d'après le système de la Cour de cassation, cette assignation, en saisissant le tribunal, enlève au président le droit d'user de la faculté qu'il s'est réservée de rétracter sa première ordonnance. Donc, en fait, le débiteur ne pourra demander au président d'user de la faculté qu'il s'est réservée que précisément lorsque celui-ci aura perdu le droit d'en user. Le même acte met le débiteur en mesure d'invoquer la clause de réserve, et rend cette clause illusoire, si la dénonciation de la saisie-arrêt (qui doit contenir, à peine de nullité, l'assignation en validité devant le tribunal) est faite le jour même de l'ordonnance : le temps durant lequel la réserve pouvait être exercée se trouve réduit à néant.

Ce résultat a paru si regrettable, que nombre de cours d'appel ont, nous l'avons vu, édifié des théories contraires à celle de la Cour de cassation. En effet, cette faculté que se réserve le juge de rapporter son ordonnance est une précieuse garantie pour le saisi ; elle est utile aussi au saisissant, car le juge, privé de la faculté de retirer son autorisation, ne l'accorderait plus que dans les cas exceptionnels où la prétention du saisissant lui apparaîtrait avec évidence et à l'abri de toute contestation.

Il a bien fallu s'incliner pourtant, et renoncer à échapper à cette conséquence en édifiant des théories de droit que la Cour de cassation repousse. Mais la

pratique est féconde en ressources, et l'on est arrivé, dans certains tribunaux, à y échapper d'une autre façon. La pratique suivante tend à s'introduire dans certains tribunaux et notamment à Paris. Le président, toujours libre de refuser son autorisation, ne l'accorde que sous condition : le saisissant s'engage à faire au débiteur saisi une notification de l'ordonnance et à ne dénoncer qu'après un délai de trois jours, par exemple. Un tel engagement n'aurait aucune sanction en droit ; en fait, il est nécessairement tenu par les avoués. Cette pratique, toute récente, qui ne s'appuie sur aucune théorie, échappe à toute censure : c'est un procédé véritablement et essentiellement prétorien.

§ 2

PRÉLIMINAIRE DE CONCILIATION.

On appelle préliminaire de conciliation la formalité à laquelle l'article 48 du Code de procédure civile soumet, sauf des exceptions limitativement énumérées, tout demandeur qui intente une action devant le tribunal civil, et qui consiste en une comparution des parties devant le juge de paix, qui doit tenter de les concilier et d'empêcher le procès de naître. Cette institution fut introduite par l'Assemblée constituante, par la loi du 24 août 1790, qui la poussait à l'extrême. A la différence du Code, elle imposait le préliminaire de conciliation même avant l'appel, et n'en exceptait pas les affaires urgentes. Les résultats furent déplorables ; une réaction se produisit, et le principe ne fut adopté, avec des limitations, qu'après une longue discussion [1].

1. V. Locré, tome IX, n° 27.

Il est cependant posé en termes formels par le Code de procédure civile (art. 48) : « Aucune demande « principale introductive d'instance.... ne sera reçue « devant les tribunaux de première instance, que le « défendeur n'ait été préalablement appelé en conci- « liation devant le juge de paix ou que les parties n'y « aient volontairement comparu. ».

Quelle est la portée de ce principe ? Cette portée est-elle la même suivant qn'on interprète strictement en recherchant seulement la pensée du législateur, ou bien que l'on interprète avec le souci de trouver la solution vraiment désirable ? La règle édictée par l'article 48 est-elle d'ordre public ?

Trois systèmes sont possibles en doctrine, et se sont fait jour sur cette question :

Premier système. — La règle est d'ordre public. L'exception tirée de la non-conciliation est opposable en tout état de cause, et doit être suppléée d'office par le juge [1].

Deuxième système. — L'exception n'est introduite que dans l'intérêt des parties, et ne touche pas à l'ordre public. En conséquence, la nullité de la procédure résultant de la non-conciliation est couverte par le silence des parties et par les conclusions prises sur le fond [2] ; l'exception ne peut donc être invoquée en appel [3] ni à plus forte raison devant la Cour de cassation [4].

1. Rodière, *Traité de compétence et de procédure civile*, t. I, p. 335. — Boitard et Colmet d'Aage, p. 123. — Chauveau sur Carré, n° 243. — Cass., 2 fructidor an III ; 13 thermidor (dans D., *Rép.*, v° *Conciliation*, n° 46, note 1).

2. Req., 15 juillet 1869 (D. 72, 1, 69). — Civ. rej , 3 déc. 1878 (D. 79, 1, 23). — Nancy, 30 mai 1885 (D. 86, 2, 11). — Civ. rej., 6 décembre 1892 (D. 93, 1, 478).

3. Arrêts précités des 15 juillet 1869 et 3 décembre 1878, et Paris, 24 janvier 1873 (D. 74, 2, 140).

4. Même arrêt du 3 décembre 1878.

Troisième système. — D'après un système intermédiaire, l'exception serait couverte par le silence des parties, mais pourrait être suppléée d'office *in limine litis* par le juge[1].

En pratique, la question n'est plus discutée : la jurisprudence admet d'une façon constante le second système[2]. Le système intermédiaire paraît assez illogique en théorie, puisqu'il admet que la nullité est d'ordre public, sans accepter toutes les conséquences de ce principe. Mais la théorie la plus condamnée est celle du premier système, qui admet avec toutes ses déductions le caractère d'ordre public de l'exception.

Et pourtant, si l'on s'attache uniquement aux termes et à l'esprit du Code de procédure, n'est-ce pas celui que l'on devrait adopter ?

Les termes de l'article 48 paraissent bien impératifs : « Aucune demande..... ne sera reçue..... » Puis, n'est-ce pas dans un but essentiellement d'ordre public que le législateur a tenté d'étouffer les procès dans leur germe? Enfin, n'y a-t-il pas à craindre que, si l'on fait de l'exception de non-conciliation une fin de non-recevoir d'intérêt purement privé, les parties, déjà décidées à plaider, ne l'invoquent jamais, et que l'institution devienne lettre morte ?

Bien que l'institution eût déjà causé des déceptions à l'époque de la rédaction du Code, le législateur de 1807 avait encore grande confiance en elle ; il espérait que la conciliation, réduite à de justes proportions, empêcherait une foule de procès : une telle préoccupa-

1. *Sic* : Bonnier, n° 44; — Mourlon, sous l'art. 48; — D., *Supplément*, v° *Conciliation*, n° 64. — Contre ce système, v. Garsonnet, t. II, p. 230.

2. V. arrêt précité du 6 déc. 1892.

tion touche bien évidemment à l'ordre public. Mais on s'aperçut bientôt que ces espérances étaient vaines, et que les magistrats conciliateurs ne conciliaient personne. Ainsi, en fait, mais non pas dans la pensée des rédacteurs du Code, l'ordre public n'est guère intéressé par l'omission d'une tentative de conciliation qui eût été dans presque tous les cas inefficace. Et si, au contraire, une fois le procès engagé, après des plaidoiries et même des décisions sur le fond, on peut invoquer l'exception tirée de la non-conciliation, que se passera-t-il? Va-t-on, sur cette exception proposée en appel et jusqu'en cassation, renvoyer les parties à se concilier, sous prétexte que l'ordre public y est intéressé ? On va donc recommencer toute la procédure, et dans quel but ? Y a-t-il apparence que les parties engagées à ce point dans le procès accepteront une transaction ? Pour sauvegarder l'ordre public, une telle théorie arriverait à le bouleverser : une institution destinée à diminuer le nombre des procès aurait pour résultat, et peut-être pour seul résultat, de doubler la procédure de chacun d'eux.

Aussi la jurisprudence et, avec elle, la doctrine décident-elles aujourd'hui d'une façon constante, ainsi que nous l'avons vu, que l'exception tirée de la non-conciliation est d'ordre exclusivement privé, et seulement opposable *in limine litis*. En pratique, les parties n'en usent guère, et le nombre des instances précédées de tentative de conciliation est absolument infime.

Il n'y a pas à le regretter, car l'institution était sans valeur. Soit; mais il n'en est pas moins vrai que l'article 48 du Code de procédure est à peu près lettre morte.

Le système intermédiaire, qui, en acceptant les déductions du système de la jurisprudence, admet toutefois que la nullité résultant de la non-conciliation peut

être suppléée d'office par le juge *in limine litis*, témoigne du désir de respecter un peu plus la pensée du législateur. Il peut être illogique en ce qu'il admet que l'exception est d'ordre public, sans en appliquer toutes les conséquences. Mais, en permettant au juge d'envoyer les parties à se concilier quand il y a espoir que cette tentative ne sera pas vaine, et avant que ce renvoi annule toute une procédure, cette théorie essaie de tirer de l'institution tout ce qu'on peut encore en espérer.

En résumé, d'après la pensée du Code, le préliminaire de conciliation est d'ordre public. Mais le législateur s'est trompé ; l'institution qu'il a créée n'a pas répondu à ses espérances : elle n'a pas été utile à l'ordre public ; elle pourrait, si l'on était trop logique, le bouleverser. Entre ce que le législateur croyait être l'ordre public et l'ordre public véritable, la jurisprudence et aussi la doctrine n'ont avec raison pas hésité.

LIVRE II

Autres branches du droit.

CHAPITRE VI

DROIT COMMERCIAL.

La codification, en prenant le mot dans le sens absolu, implique l'annihilation de la coutume. Dans la période du droit où la loi est complètement codifiée, cette loi codifiée règne seule, et les autres facteurs du droit, usages, doctrine, jurisprudence, semblent n'avoir plus aucune autorité comme source du droit.

Le droit français paraît être parvenu à cette période où la loi codifiée est la seule loi. Mais rien n'est absolu, et nous avons pu surprendre des points nombreux où se manifestait la survivance de l'action de l'un des agents de la coutume, la jurisprudence.

D'autre part, cette évolution qui aboutit à une codification complète n'est accomplie entièrement que pour le droit civil et le droit criminel; il est d'autres branches du droit, de création plus récente, où elle est loin d'être terminée. Dans de telles matières, la coutume aura une beaucoup plus large part. Elle aura un rôle plus vaste que cette action, quelque peu irrégulière, assez peu franche et, somme toute, exceptionnelle, que nous avons appelée le pouvoir prétorien de la jurisprudence. Parfois les Codes, ayant la conscience que la matière n'était pas mûre pour la codification, reconnaissent sur ce point ouvertement le pouvoir de l'usage.

D'autres branches du droit qu'ils avaient à peine soupçonnées n'ont d'autres sources, encore aujourd'hui, que la coutume, les doctrines des auteurs et la jurisprudence des tribunaux.

Dans la première de ces catégories rentre le droit commercial.

Il existe un Code de commerce, qui comprend 648 articles. Pourtant, le droit commercial est plus nouveau que le droit civil, puisque les relations commerciales remontent bien moins loin que les relations entre voisins et compatriotes. Il est plus près par conséquent de la période coutumière; et, en effet, la coutume a conservé en cette matière une autorité qu'elle ne saurait avoir en droit civil.

Il en résulte que les juges, n'étant plus enserrés au même degré dans des textes écrits, auront une plus grande latitude pour décider en équité, et suivant les besoins nouveaux.

Cette autorité de la coutume, des usages commerciaux, est proclamée par tous les auteurs: « A défaut « de texte de loi, dit Locré[1] un usage ancien, constant et « bien établi, une suite non interrompue de décisions « semblables, une opinion ou une maxime reçue « tiennent lieu de loi. » MM. Lyon-Caen et Renault écrivent: « Le droit commercial tout entier a commencé « par être coutumier. La codification a eu surtout pour « but de donner une formule précise à la coutume sur « les points les plus importants, de faciliter la connais- « sance des règles à appliquer, et d'éviter ainsi les « contestations que soulève nécessairement l'incerti- « tude du droit. *Elle n'avait pas et ne pouvait avoir la « prétention de prévoir et de régler tous les faits*

1. *Législation civile et commerciale*, t. I, p. 259, n° 11.

« *commerciaux dans leur multiplicité et leur variété.*
« *De plus, le mouvemeent incessant des affaires, l'esprit*
« *d'initiative, l'influence réciproque des divers pays,*
« *introduisent de nouvelles pratiques, de nouvelles*
« *institutions, qui, pendant longtemps, sont sous*
« *l'empire exclusif de la coutume avant que le légis-*
« *lateur s'en occupe* »[1].

Ainsi, en droit commercial, la coutume n'est pas réduite presque au néant comme en matière civile ; elle a un empire avoué, reconnu par la loi. Dans un certain sens, l'on peut donc dire que le rôle prétorien du juge est plus vaste qu'en droit civil, puisque la loi est moins précise et abdique partiellement devant l'usage, dont elle reconnaît et sanctionne l'autorité. Mais, à un autre point de vue, par cela même que la loi reconnaît l'autorité de l'usage et laisse au juge une plus grande liberté, les cas seront bien moins nombreux où il devra, pour faire prévaloir une solution, ruser avec la loi ; si l'on entend ainsi le rôle prétorien qui a pour caractéristique l'emploi de moyens plus ou moins détournés, il sera ici bien moins souvent nécessaire et bien moins fréquent.

Pourtant, la loi, même en cette matière, est loin de faire une abdication complète devant la coutume. Il existe un Code de commerce, qui contient de nombreuses prescriptions ou prohibitions. Lorsque ces dispositions paraissent contraires à l'équité, là encore la pratique trouve le moyen de les éviter.

1. *Précis de droit commercial*, n° 49.

§ 1er

DÉLAI DE GRACE POUR LE PAYEMENT D'UNE LETTRE DE CHANGE.

Contrairement au droit commun, qui permet aux juges d'accorder un délai de grâce au débiteur malheureux et de bonne foi (Civ. art 1244), ils ne peuvent, aux termes de l'article 157 du Code de commerce, « accorder aucun délai pour le payement d'une lettre de change ». Cette prohibition est formelle, et la décision qui, contrairement à cet article, accorderait un délai quelconque au débiteur d'une lettre de change devrait être, si intéressantes que soient les considérations de fait qui l'auraient motivée, inévitablement cassée. Pourtant, en fait, cette prohibition a reçu une double série d'échecs. En premier lieu, quelques décisions judiciaires manifestent la tendance d'y échapper dans certaines hypothèses exceptionnelles. Ainsi, en se basant sur ce qu'il ne faut pas conclure de l'interdiction de l'article 157 que les juges doivent repousser les exceptions par lesquelles le débiteur actionné voudrait faire écarter la demande, on peut arriver à accorder indirectement un délai dans l'espèce suivante. L'arrêt qui, sur l'appel d'un jugement, ayant admis la preuve du payement offerte contre la demande du porteur d'un billet à ordre protesté à son échéance, sursoit à statuer jusqu'à ce qu'un règlement de compte pendant devant un tribunal civil ait été arrêté, ne viole aucune loi, bien qu'il tende à admettre en compensation d'une somme liquide une autre qui ne l'est pas, et qu'il accorde implicitement un délai pour la payement du billet échu [1].

1. Req., 15 décembre 1812, D., *Rép.*, v° *Effets de commerce*, 361.

De même, la Cour de Metz a jugé que, malgré la disposition prohibitive de l'article 157, les tribunaux de commerce peuvent accorder un délai, même au débiteur d'une lettre de change, à raison de circonstances extraordinaires et hors de toute prévision, telles que des réquisitions de troupes étrangères à la suite d'une invasion [1].

Une telle théorie est évidemment fort contestable, surtout depuis que le législateur a cru devoir intervenir pour autoriser les tribunaux à accorder des délais dans des circonstances analogues.(Loi du 10 mars 1871, art. 5 — loi du 24 mars 1871 — loi du 4 juillet 1871.)

Ce système marque tout au moins une tendance de la jurisprudence.

D'autre part, un moyen moins hardi et moins contestable en théorie, mais d'application bien plus sûre et bien plus générale, a été imaginé par la pratique pour réduire, en fait, l'article 157 à l'état de lettre morte. Il est d'usage à Paris d'accorder vingt-cinq jours, par le jugement même de condamnation ; cette pratique est basée sur la considération suivante : le débiteur pourrait toujours se procurer ce délai en faisant défaut, puisqu'il pourrait attendre jusqu'à la saisie pour former opposition. En le lui accordant, on sert l'intérêt du créancier, qui y trouve une économie de frais, puisqu'il n'a pas à prendre un second jugement. On obtient par cette considération le consentement du créancier. Cette concession de délai est faite au moyen d'une mesure réglementaire imposée aux agréés des parties, et qui consiste à constater tout à la fois la demande du débiteur et le consentement du créancier.

1. Metz, 5 juillet 1814. D. Rép. v° *Obligations*. 1781.— V. aussi Colmar, 22 novembre 1815, *loc. cit.*

§ 2

CAUSE DE NON-RESPONSABILITÉ EN MATIÈRE DE TRANSPORTS.

Aux termes de l'art. 98 C. com., le commissionnaire « est garant des avaries ou pertes de marchandises et « effets, *s'il n'y a stipulation contraire dans la lettre « de voiture,* ou force majeure ». — Mais l'article 103 du même Code est ainsi conçu : « Le voiturier est garant « de la perte des objets à transporter, hors les cas de « force majeure. — Il est garant des avaries autres que « celles qui proviennent du vice propre de la chose ou « de la force majeure. »

De la combinaison de ces textes résulte la règle suivante : le commissionnaire de transport peut, par une stipulation expresse, s'affranchir de la garantie, non de sa propre faute, mais échapper à la responsabilité qu'il encourrait du chef des différents voituriers qu'il a pu employer. Au contraire, le voiturier ne peut bénéficier d'une clause semblable ; il n'échappera à la garantie qu'en prouvant la force majeure ou le vice de la chose. Cette règle est d'ailleurs conforme aux principes généraux, qui n'admettent aucune clause ayant pour but de se déclarer irresponsable de sa propre faute [1].

Cette double règle conduit nécessairement à la conclusion suivante : le commissionnaire ne peut jamais s'affranchir de sa propre faute ni de celle de ses préposés. Si donc il est, en même temps que commissionnaire, unique voiturier, s'il effectue en entier le transport par ses préposés, il ne pourra stipuler la non-

1. MM. Lyon-Caen et Renault repoussent cette théorie, et soutiennent que le voiturier peut stipuler qu'il ne sera pas responsable de ses fautes légères. (*Précis,* n° 490.)

garantie ; s'il peut échapper à la garantie comme commissionnaire, il ne peut s'y soustraire comme voiturier. Tel est le cas des compagnies de chemins de fer, assimilées aux voituriers, et qui sont aujourd'hui les principaux commissionnaires de transports terrestres.

Les transports maritimes ne sont pas soumis aux mêmes règles ; l'armateur peut valablement s'affranchir des fautes de son capitaine et de son équipage. On ne peut pas dire, en effet, qu'ils soient uniquement ses préposés ; ils ne le sont que par le choix qu'il en a fait ; mais sa surveillance ne peut s'exercer sur eux durant le voyage. D'ailleurs, le capitaine a une responsabilité personnelle qui change complètement les éléments de la question.

Ce principe est constant en jurisprudence. On l'admettait autrefois dans toute son étendue : la clause de non-garantie étant dénuée à l'égard du voiturier de toute espèce d'efficacité, il ne peut s'en prévaloir même pour se décharger du fardeau de la preuve qui lui incombe d'après le droit commun [1]. (Cf. art. 1147, 1302, 1315, al. 2 C. civ.)

Les conséquences de cette règle sont, il faut le reconnaître, extrêmement rigoureuses pour le voiturier dans certains cas, notamment en ce qui concerne les compagnies de chemins de fer. Par l'importance de leur trafic et le grand nombre de leurs préposés, la surveillance de détail devient fort difficile, et la preuve de la force majeure ou du vice de la chose, nécessaire à dégager leur responsabilité, est dans presque tous les cas impossible. D'autre part, il faut noter que, dans les tarifs des compagnies, la clause de non garantie a pour

1. V. notamment civ. rej. 24 avril 1865, D. 65, 1. 215, Req. 29 mai 1866, D. 67. 1. 388 ; — Pardessus, *Dr. com.*, t. 2, n° 542.

corrélation une réduction dans les tarifs, réduction qui ne repose que sur cette non-garantie.

Émue par ces considérations, la jurisprudence a renoncé à appliquer aux compagnies de chemins de fer la règle stricte qui vient d'être énoncée. Par un arrêt de cassation du 4 février 1874 [1], la Cour de cassation a sanctionné une théorie déjà adoptée par deux arrêts de cours [2], et dont la première idée remonte à Troplong [3]. Aux termes de ce système, la clause de non-garantie insérée dans les tarifs homologués des compagnies de chemins de fer n'exonère pas la compagnie de responsabilité ; mais elle n'est pas non plus dénuée de tout effet : elle renverse le fardeau de la preuve, et c'est à l'expéditeur à prouver l'existence d'une faute imputable à la compagnie. La jurisprudence est constante en ce sens [4]. La jurisprudence des Cours de cassation de Belgique et du Luxembourg est conforme.

Les auteurs, qu'ils admettent ou repoussent la validité de la clause de non-garantie, sont unanimes à condamner cette théorie mixte. Le système de Troplong et des arrêts, qui fait d'une clause touchant à la responsabilité une clause relative à la preuve, paraît en effet insoutenable en théorie : on ne peut guère l'expliquer que par des considérations pratiques.

1. D., 74, 1, 305.

2. Bordeaux, 5 mars 1860 (D., 60, 2, 176), et Rennes, 28 mai 1873 (D., 74, 5, 75).

3. Troplong, *Du louage*, n° 942.

4 Req. 22 avril 1874 (D., 75, 5, 58), et les nombreux arrêts cités dans le supplément au répertoire de Dalloz, v° *Commissionnaire*, n° 151. — V. en outre : Cass., 19 décembre 1893 (D., 94, 1, 274). — Paris, 29 juillet 1893 (D., 94, 2, 418). — Cass., 21 novembre 1893 (D., 94, 1, 308). — Cass., 19 mars 1894 (D., 94, 1, 392 ; D., 93, 2, 445) (plus. arrêts) et Cass., 14 avril 1890 (D., 90, 1, 360).— Civ. rej., 12 juin 1894 (D., 94, 1, 41). — (Note de M. Audouin) (D., 90, 1, 209). (Note de M. Sarrut).

§ 3.

SURVIE DE LA PERSONNALITÉ DES SOCIÉTÉS DURANT LA LIQUIDATION.

Lorsqu'une société vient à être dissoute, il reste cependant une série d'opérations à accomplir pour arriver à répartir entre les associés l'actif social : il faut achever les affaires commencées, recouvrer les créances et payer les dettes de la société, en un mot procéder à *sa liquidation*.

La liquidation des sociétés n'est réglée par aucune disposition légale, et la jurisprudence a dû combler cette lacune en s'inspirant des principes généraux, et en se conformant aux nécessités pratiques. Il y a donc là un des nombreux exemples où la jurisprudence exerce en droit commercial sa fonction de *supplere*.

Dans la même matière, on la voit aussi se soustraire, dans un but d'équité, aux principes, et se refuser à déduire les conséquences logiques d'un principe de droit.

En effet, dès l'époque de sa dissolution, la société est morte ; elle n'a plus de personnalité, et cet état commence avant la liquidation. Durant cette liquidation, les associés ne sont plus en réalité des associés, mais de simples copropriétaires. Les conséquences logiques de cette idée seraient notamment les suivantes :

Il n'y aurait plus de biens *de la société*, mais seulement des biens indivis entre les associés, et, par suite, les créanciers de la société subiraient sur ces biens le concours des créanciers personnels des copropriétaires.

Les créanciers n'auraient plus en face d'eux un être moral contre lequel ils pussent agir : ils devraient agir contre chacun des associés ; réciproquement, chaque associé pourrait actionner pour sa part les débiteurs de la société.

Les associés pourraient hypothéquer pour leur part les immeubles de la société, et ces immeubles seraient atteints par toute hypothèque légale ou judiciaire survenant du chef d'un associé.

Telles sont les conséquences rigoureuses du principe, pourtant certain, que la société meurt dès que sa dissolution est prononcée : on conçoit quelles difficultés pratiques elles entraîneraient, et quelle atteinte elles porteraient ainsi au crédit de la société.

Aussi la jurisprudence n'a-t-elle pas hésité à admettre que, par une fiction, la société, bien que dissoute, survit encore avec sa personnalité jusqu'à la fin de sa liquidation, en tant que cela est utile pour la facilité de cette liquidation et la sauvegarde de droits légitimement acquis.

Les principales conséquences de cette théorie sont indiquées par MM. Lyon-Caen et Renault [1] :

1° le fonds social subsiste, et les créanciers sociaux se font payer sur ce fonds social après la dissolution, sans subir le concours des créanciers personnels des associés. La solution contraire serait la ruine du crédit des sociétés.

2° Le tribunal du siège social reste compétent pour connaître des actions intentées à la société [2], et la société continue d'avoir un domicile, où elle est valablement assignée [3].

1. *Traité de droit commercial*, tom. 2, n° 366.

2. Req., 18 août 1840 (S. 40, 1, 236).

3. Cass. 3 janvier et 26 février 1872 (D. 72, 1, 10 et 11). — Req. 16 août 1880 (D. 82, 1, 80).

3° Le liquidateur représente la société : c'est lui qu'on doit assigner en justice, et non les associés individuellement ; — il touche les créances sociales sans que les associés puissent actionner les débiteurs pour leur part [1].

4° L'actif appartient toujours à la société, et l'acquéreur d'un immeuble social n'a à purger que sur elle : les hypothèques légales ou judiciaires qui frappent le patrimoine de l'un des associés n'atteignent pas les immeubles sociaux [2].

5° Les associés n'étant pas copropriétaires, mais la personnalité morale de la société subsistant, il n'y a pas lieu, le cas échéant, de remplir, pour la vente d'un immeuble social, les formalités de la vente des biens de mineurs ou d'interdits.

6° Le liquidateur a pour mandant la société, et son mandat n'est pas révoqué par la mort d'un des associés [3] ;

7° Par la même raison, les actes du liquidateur obligent la société et les associés.

8° Une société en liquidation peut être déclarée en faillite.

En résumé, par une fiction, non pas de la loi, mais de la jurisprudence, la société dissoute continue d'exister, comme on l'a dit, pour les besoins de sa liquidation [4 et 5].

1. Req., 27 juillet 1863 (D. 63, 1, 460).
2. Req., 20 mai 1865 (D. 65, 1, 130).
3. Req., 14 mars 1854 (D. 54, 1, 130).
4. Frémery, *Études de droit commercial*, p. 69, note 5.
5. La fiction de la continuation de la société, pour les besoins de la liquidation, est consacrée par la loi belge (art. 111).

Voici les principales lois étrangères sur la liquidation : Code hollandais, art. 33 à 35 ; — Code allemand, art. 133 à 145 ; — Loi belge du 18 mai 1873, 111 à 121 ; — Code hongrois, 108 à 120 ; — Code fédéral suisse des obligations, 580 à 584 ; — Code italien, 197 à 218 ; — Code espagnol, 218 et suivants ; — Code roumain, 199 à

L'on voit que, dans le droit commercial, le rôle prétorien du juge est plus certain encore et plus net qu'en droit civil. Il l'exerce dans une plus large mesure, puisque la loi elle-même, en reconnaissant la puissance de l'usage, laisse par là aux magistrats une fonction plus vaste que celle qui consiste à interpréter des textes précis. Notre dernier exemple montre que la pratique ne se contente pas de ce rôle, qu'elle peut exercer ouvertement, et qu'elle sait arriver par un moyen détourné même à triompher d'un texte formel, ou à répudier certaines conséquences d'un principe constant.

220; — Code portugais, 130 à 144; — Grande-Bretagne: la loi de 1862 sur les Sociétés (art. 74 à 204) contient de nombreuses dispositions sur la liquidation, mais ne concerne que les sociétés jouissant de la personnalité civile; la liquidation des autres, ou partnerships, qui correspondent aux sociétés en nom collectif du continent, est régie par les usages.— (Lyon-Caen et Renault, traité, tome II, p. 241).

CHAPITRE VII

DROIT CRIMINEL.

Il est une branche du droit où ce pouvoir extra-légal que nous avons reconnu à la jurisprudence semble moins que partout ailleurs devoir s'exercer, d'où même il semble, par la nature des choses, absolument banni : c'est le droit criminel. En droit pénal, le texte est tout, et l'interprétation restrictive est un principe incontesté. L'argument d'analogie, puissant moyen d'interprétation jurisprudencielle, est ici formellement proscrit. Pour le fond comme pour la forme, il semble que la loi ici a dû tout prévoir, ou que du moins le juge ne peut en aucune façon la manier et la détourner de son objet, ni surtout suppléer à son silence.

Les formes prescrites dans la procédure criminelle ont une importance extrême, et la moindre violation de ces formes entraîne une cassation certaine pour leur seule inobservation, et sans qu'il y ait à se préoccuper de leur utilité dans tel ou tel cas particulier; on en arrive même, notamment en cour d'assises, à un véritable rite. Quant au fond, le principe *nulla pœna sine lege* domine tout le droit criminel.

Ce formalisme et ce caractère strict sont d'ailleurs une nécessité, et constituent une garantie indispensable pour les citoyens.

Eh bien, malgré tout, là aussi, les nécessités pratiques, d'une part, et, d'autre part, l'évolution des idées font fléchir la rigueur des principes, et l'application de la loi pénale n'est pas beaucoup plus rigoureusement exacte et plus fixe que celle de la loi civile.

Il est nécessaire d'abord de noter qu'un domaine important du droit pénal, celui des crimes, est attribué à une juridiction toute particulière, le jury : cet organe spécial de juridiction sera-t-il favorable ou contraire à l'exercice de ce pouvoir prétorien que possèdent, par la nature des choses, tous ceux qui ont à appliquer les textes aux faits? Il semble qu'on peut répondre *a priori* qu'il lui sera favorable. Les jurés, en effet, sont des citoyens qui ne sont pas nourris de principes scientifiques et constitutionnels, qui auront moins de scrupules à cet égard que les magistrats de carrière, et qui voudront par-dessus tout juger humainement les choses humaines. Ils auront, d'autre part, une facilité bien plus grande à fonder leur décision sur leur seule conscience, en dehors de toute considération juridique : ils ne sont point tenus, comme des magistrats, de motiver leurs décisions, et ne doivent compte à personne de leur verdict.

Si la nature du droit pénal paraît donc réduire à néant le rôle prétorien, d'un autre côté l'existence de cette juridiction toute spéciale est de nature à l'élargir.

Mais les magistrats eux-mêmes, les tribunaux et les parquets ont été amenés sur bien des points à biaiser avec la loi : nous allons le voir en passant aux détails.

Le droit criminel est régi, au point de vue de la procédure, par le Code d'instruction criminelle, au point de vue du fond par le Code pénal. L'une et l'autre de ces deux parties du droit pénal fournissent des exemples d'interprétation prétorienne.

§ 1er

INSTRUCTION CRIMINELLE.

La pratique des parquets tend à la simplification de la procédure et à l'économie des frais de justice qui en résulte. Tout en respectant ce qui procure des garanties aux prévenus, il est certain qu'ils éludent un certain nombre de prescriptions, et que, sur bien des points, ils tournent ou enfreignent la loi : nous n'apprécions pas, nous constatons.

Sans rechercher tous les cas particuliers, il est quatre points d'application générale où cette pratique apparaît. Ils sont relatifs aux pouvoirs du juge d'instruction, — aux affaires jugées sans instruction, — à la *correctionnalisation* des affaires criminelles, — enfin aux débats en cour d'assises.

A. — *Attributions du juge d'instruction.*

La mission du juge d'instruction, agissant comme juridiction d'instruction, se trouve terminée avec l'ordonnance qui clôt l'information; aux termes de l'article 28 du Code d'instruction criminelle, c'est aux membres du parquet qu'il incombe de faire exécuter cette ordonnance. Cet article s'exprime ainsi : « Ils (les procureurs « de la république) pourvoiront à l'envoi, à la notifica- « tion et à l'exécution des ordonnances qui seront « rendues par le juge d'instruction. » Mais, en pratique, et pour des raisons de commodité, le juge d'instruction donne l'ordre d'exécution quand il s'agit d'actes de peu d'importance ou présentant un caractère d'urgence.

Rentre dans cette catégorie l'extraction d'un détenu de la maison d'arrêt pour subir son interrogatoire. C'est encore le juge d'instruction qui fait exécuter le mandat de comparution ou d'amener, ou encore le mandat de dépôt décerné contre un détenu. C'est là « une infraction, « dit Faustin-Hélie, qui, renfermée dans de certaines « limites, ne peut que faciliter la rapidité de l'instruction, « mais qu'il ne faudrait pas étendre aux actes qui « ordonnent telle ou telle mesure d'instruction, tels, par « exemple, qu'une expertise [1]. »

Que cette infraction soit une bonne pratique, et une pratique nécessaire, qu'elle se maintienne dans des limites raisonnables et même étroites, c'est probable ; mais il n'en est pas moins vrai que l'article 28 du Code d'instruction criminelle est en partie transgressé.

Dans cette matière des pouvoirs du juge d'instruction, nous trouvons un autre exemple de simplification des règles légales par la pratique. Il s'agit de la confusion qui existe en fait entre le mandat d'arrêt et le mandat de dépôt. Ces deux mandats ont, on le sait, un même résultat : l'arrestation de l'inculpé et son écrou dans la maison d'arrêt. Mais il est certain, d'autre part, que s'ils coexistent, c'est que, dans la pensée du législateur, ils ne doivent pas se confondre.

En effet la loi du 7 pluviôse an IX, qui a introduit le mandat de dépôt dans notre législation, lui donne un caractère essentiellement provisoire : c'est une mesure permettant aux magistrats du ministère public de maintenir l'inculpé dans la maison d'arrêt jusqu'à ce que le directeur du jury ait statué. Les travaux préparatoires du Code d'instruction criminelle prouvent que ce caractère provisoire a été maintenu au mandat de

1. F. Hélie. *Instruction criminelle*, n° 1, 636.

dépôt : c'est la raison d'être invoquée pour justifier son utilité [1].

Malgré ce caractère et les différences qui le séparent du mandat d'arrêt, la pratique, considérant seulement qu'il arrive au même résultat, tend à le substituer à celui-ci.

Les raisons qui ont fait ainsi dévier le mandat de dépôt de sa destination légale sont des raisons de simplification et d'économie. A la différence du mandat d'arrêt, le mandat de dépôt n'a pas besoin d'être précédé d'un réquisitoire du parquet; il peut ne pas contenir la qualification du fait ; enfin, il est moins onéreux.

Tels sont les motifs qui font employer quotidiennement ce mandat dans des cas pour lesquels il n'était pas fait, et qui font que, dans certains tribunaux, le mandat d'arrêt est absolument tombé en désuétude.

B. — *Affaires jugées sans instruction.*

Si la pratique laisse le juge d'instruction accomplir des actes que, dans la rigueur du droit, il ne pourrait pas faire, elle rétrécit en revanche son domaine d'une façon autrement grave. La tendance des parquets, tendance qui va chaque jour en s'accentuant, est la rapidité et l'économie. Ainsi suppriment-ils l'instruction préparatoire dans un nombre immense et toujours croissant d'affaires qu'ils envoient directement devant le tribunal correctionnel. On peut évaluer à près des quatre cinquièmes du nombre total des affaires celles qui se jugent sans instruction. M. le garde des sceaux écrivait en 1891 : « Les magistrats du ministère public

1. Locré, t. XXV, p. 182.

« ont une louable tendance à simplifier les procédures « pour les abréger dans l'intérêt du justiciable. Aussi « les affaires qu'ils confient aux juges d'instruction vont « toujours diminuant en nombre : 72.758 en 1860, 51.912 « en 1880, 42.605 en 1891 [1]. »

Par corrélation, le nombre des citations directes ou affaires qui arrivent devant le tribunal sans instruction régulière suit une progression ascendante : 66.000 en 1880, 164.162 en 1892.

M. l'avocat général Cruppi, à qui nous empruntons une partie de ces chiffres, s'exprime ainsi : « Tandis « que le public discute ses pouvoirs, le juge d'instruc- « tion en est peu à peu dépouillé, mais par une autre « voie que celle des réformes : le nombre des affaires « qui lui sont confiées diminue chaque jour [2]..... »

Cette pratique présente d'immenses inconvénients et de sérieux dangers. Là, on peut sans hésiter regretter l'initiative prise par les magistrats ; mais il n'en est pas moins vrai qu'elle triomphe, qu'elle est un fait incontestable. « *Par une autre voie que celle des réformes* », on est arrivé à enlever à l'un des organes de la justice une large part du domaine que la loi lui avait concédé. Cela démontre la force de la pratique, puisqu'elle arrive à s'établir contre l'esprit de la loi, alors même qu'elle est manifestement vicieuse, et que c'est la loi qui a raison.

C. — *Affaires correctionnalisées.*

La *correctionnalisation* des crimes est d'une pra-

1. En 1892, leur nombre a été de 41.478.

2. *Revue des Deux-Mondes*, livraison du 1er novembre 1895. La cour d'assises de la Seine.

tique constante et universelle. Elle consiste à envoyer devant le tribunal correctionnel des infractions qui, d'après la loi, seraient du ressort de la cour d'assises. Les magistrats du parquet, avec le concours du juge d'instruction, cherchent et atteignent ce résultat, poussés par des raisons de simplification, d'économie, et peut-être aussi de défiance contre le jury, qu'on a appelé irrévérencieusement la garde nationale du droit.

Mais, par quel procédé arrive-t-on à changer ainsi la qualification légale et, partant, la compétence?

Une même infraction, selon les circonstances qui l'accompagnent, offre plus ou moins de gravité, et, selon ces mêmes circonstances, est punie par la loi de peines plus ou moins sévères, est rangée par elle dans la catégorie des délits ou dans celle des crimes. Dans un grand nombre de cas, il y a l'infraction simple, qui constitue un délit, et la même infraction aggravée à raison d'une circonstance dite aggravante, qui constitue un crime. Presque chaque crime a au-dessous de lui un délit qui est le même fait dépouillé de toute circonstance aggravante. Or on sait que les crimes sont de la compétence de la cour d'assises, les délits de la compétence du tribunal correctionnel.

Dès lors, le procédé est indiqué : si l'on veut faire d'un crime un simple délit, et par voie de conséquence le déférer aux juges correctionnels à l'exclusion du jury, on ne relèvera pas la circonstance aggravante. Le vol, par exemple, est un délit lorsqu'il est vol simple ; il devient un crime, s'il est accompagné d'escalade ou d'effraction, ou commis par un domestique du plaignant. Il suffira que le parquet et le juge d'instruction passent sous silence la circonstance aggravante, pour que le fait qualifié crime par la loi devienne un simple délit.

Parfois l'infraction simple porte un autre nom que l'infraction aggravée ; mais ce n'est là qu'une question de terminologie, et cela n'apporte aucun obstacle à la correctionnalisation : on change alors le nom de l'infraction ; c'est ainsi que la tentative de meurtre ou d'assassinat peut devenir le délit de coups et blessures. L'assassinat ou le meurtre sont plus difficiles à disqualifier : la qualification de coups et blessures ayant entraîné la mort n'en enlèverait pas la connaissance à la cour d'assises ; alors, dans certaines circonstances, on peut en faire et l'on en a fait souvent un homicide par imprudence. Combien d'outrages à la pudeur jugés en correctionnelle sont-ils, au fond, de véritables attentats à la pudeur ? Et pourtant, l'attentat à la pudeur est le crime où la correctionnalisation s'exerce le moins souvent, et qui constitue la grosse part des affaires soumises au jury.

Cette pratique de la correctionnalisation des crimes est d'usage constant ; elle est reconnue par des documents officiels et constatée par les chiffres.

Dès 1850, M. Abatucci, ministre de la justice, constatait la tendance des magistrats à l'employer. M. Dufaure, par une circulaire du mois de janvier 1871, tentait de l'enrayer ; mais il devait lui-même s'incliner devant la pratique générale, et une circulaire du 5 avril 1871 rapportait la précédente. Depuis, toutes les circulaires ministérielles qui touchent à la question reconnaissent cet usage et l'encouragent.

En 1880, le garde des sceaux constatait que la correctionnalisation était « entrée dans nos mœurs « judiciaires ». En 1891, il écrivait : « Le progrès de « la correctionnalisation a grossi la rubrique des vols « simples en y comprenant des vols réellement « qualifiés. »

Les chiffres sont au même point de vue étrangement significatifs. Faustin Hélie écrivait : « La cour d'assises « est la juridiction générale et ordinaire du pays ». Un court tableau statistique de deux lignes montrera dans quelles proportions cela est resté exact :

Nombre de plaintes au parquet par an	*Affaires soumises au jury par an*
de 1820 à 1850 . . 225.000	de 5.100 à 5.700.
en 1891 . . . . . 500.000	2.932.

Ainsi, le nombre des plaintes a plus que doublé ; le nombre des affaires soumises au jury a diminué de près de moitié. Et, comme ce n'est pas, bien entendu, que la proportion des infractions restées impunies se soit accrue, le nombre des affaires déférées aux tribunaux correctionnels a augmenté dans les mêmes proportions : ils ont jugé 194.673 affaires en 1891.

C'est spécialement dans les vols que la correctionnalisation se donne carrière. En 1891, le jury statuait sur 900 vols qualifiés, les tribunaux correctionnels sur 50.874 vols *simples*. En 1892, la proportion est encore un peu plus forte : 866 vols jugés par le jury, 53.175 jugés par les tribunaux correctionnels.

Telle est la pratique de la correctionnalisation. Nous avons vu que ses progrès sont immenses; elle peut en effet rencontrer un seul obstacle : il peut arriver que le prévenu déféré au tribunal correctionnel réclame sa circonstance aggravante ; car il sait que, si le jury est armé de peines plus terribles que les juges correctionnels, il est aussi plus impressionnable, et que là, avec un peu de chance, on peut enlever un acquittement. Le prévenu

alors plaide l'incompétence. Le fait arrive; mais les statistiques démontrent qu'il est exceptionnel et n'enraye point les progrès de la correctionnalisation.

L'usage que nous venons d'étudier est-il un bien ou un mal ? Doit-on se réjouir que le jury, institution contestable, mais qu'il est impossible de supprimer sans se faire accuser de tendances à la tyrannie, soit réduit à la portion congrue et même appelé dans un avenir plus ou moins rapproché à mourir d'inanition ? Faut-il déplorer au contraire que, pour des raisons d'économie mal entendue, on viole tous les jours la loi ? Nous nous abstiendrons, là encore, de prendre parti; il nous suffit de constater que l'usage de la correctionnalisation existe, courant et général, prouvé par les chiffres, reconnu par l'aveu de ceux qui l'emploient. Voilà un exemple, et celui-là est frappant entre tous, de la puissance de la pratique, qui arrive à changer la qualification de faits spécialement prévus par la loi, et à réduire à un domaine très étroit, sans qu'aucune loi y ait touché, une institution qui, dans le principe, était « la juridiction générale et ordinaire du pays ».

D. — *Débats en cour d'assises.*

Les débats en cour d'assises offrent un double exemple de la survivance du droit coutumier, persistant malgré une codification particulièrement précise.

1° *Interrogatoire de l'accusé.* — Le Code d'instruction criminelle prévoit avec un véritable luxe de précision toutes les formes relatives à la procédure en cour d'assises: il ne consacre pas moins de soixante-dix articles (309 à 380) aux formalités de la seule audience publique. Aucun détail ne lui échappe ; il va jusqu'à

régler la disposition des sièges destinés aux jurés (art. 309); il dicte au président des paroles presque rituelles à adresser à l'accusé (art. 314). En un mot, chaque point est réglé d'une façon précise; il semble que tout soit prévu, et que tout soit nécessaire.

En fait, il n'en est pas absolument ainsi. D'abord, la jurisprudence, distinguant entre celles des formalités prescrites par la loi qui sont essentielles et celles qui ne le sont pas, juge que toutes ne sont point prescrites à peine de nullité [1].

En second lieu, on remarque, en lisant ces textes, qu'il n'y est aucunement question de l'interrogatoire que subit l'accusé au début de toute audience d'assises, interrogatoire souvent fort long et, dans la plupart des cas, indispensable à la manifestation de la vérité. L'article 310 se borne à dire : « Le président lui demandera « (à l'accusé) son nom, ses prénoms, son âge, sa pro« fession, sa demeure et le lieu de sa naissance. » Puis l'article 315 porte : « Le procureur général exposera le « sujet de l'accusation. » Ensuite on passe à la déposition des témoins; ce n'est qu'après chaque déposition que le président « pourra demander au témoin et à « l'accusé tous les éclaircissements qu'il croira néces« saires à la manifestation de la vérité. » (Art. 319.)

Cette dernière disposition, ainsi que celle de l'article 268, qui concède au président un pouvoir discrétionnaire, légitime évidemment la pratique suivie, et il n'y a pas là de violation de la loi. Pourtant, cet interrogatoire préliminaire, que la loi, qui règle d'une façon si minutieuse la marche des débats en cour d'assises,

1. Par exemple, la comparution de l'accusé *libre* (art. 310, Cass., 20 mars 1862), l'audition séparée des témoins (Cass., 7 mai 1851), ne sont point prescrites à peine de nullité.

ne prévoit pas, à la différence de ce qu'elle fait pour les débats correctionnels (art. 190), est digne de remarque.

Cet interrogatoire est, par une pratique absolument constante, substitué à l'exposé du procureur général, prévu par l'article 315, exposé qui ferait d'ailleurs double emploi avec le réquisitoire, et qui est absolument tombé en désuétude. Voici ce qui a dû se passer : le président a fait cet exposé à la place du procureur général, mais en provoquant les explications de l'accusé; de là l'interrogatoire auquel il est toujours aujourd'hui procédé en premier lieu.

2° *Rôle du jury.* — Nous trouvons là un exemple beaucoup plus incontestable d'une véritable violation par la pratique, sinon des prescriptions, du moins des recommandations de la loi. Quel est, dans l'esprit des rédacteurs du Code d'instruction criminelle, le véritable rôle des jurés? C'est de constater dans leurs réponses si l'accusation a ou n'a pas fait la preuve des faits matériels : la loi prend soin d'exprimer son intention à cet égard d'une façon complète, pour ne pas dire prolixe.

L'instruction, qui, aux termes de l'article 342, devra être affichée dans la chambre des jurés « en gros ca-« ractères, dans le lieu le plus apparent », est, dans sa seconde partie, ainsi conçue :

« Ce qu'il est bien essentiel de ne pas perdre de « vue, c'est que toute la délibération des jurés porte « sur l'acte d'accusation; c'est aux faits qui le consti-« tuent et qui en dépendent qu'ils doivent uniquement « s'attacher; *et ils manquent à leur premier devoir « lorsque, pensant aux dispositions des lois pénales, ils « considèrent les suites que pourra avoir, par rapport « à l'accusé, la délibération qu'ils ont à faire.* Leur « mission n'a pas pour objet la poursuite ni la punition « des délits; ils ne sont appelés que pour décider si

« l'accusé est ou non coupable du crime qu'on lui « impute. »

Cette recommandation peut parfaitement cadrer avec la dualité de juridiction qui constitue le caractère particulier de la cour d'assises; elle a le malheur d'être moralement inapplicable : on ne peut demander aux jurés de ne pas se préoccuper des conséquences de la réponse qu'ils vont faire. Il est à peine utile de faire remarquer, tellement cela est évident, que la prescription de l'article 342 est absolument lettre morte. Tous les jours, des jurys répondent qu'un accusé n'est pas coupable alors que les faits sont avoués, ou écartent une circonstance aggravante dans le but de diminuer la peine : la préoccupation du résultat du verdict est incontestablement le seul mobile de la décision des jurés.

Cet échec véritable apporté à la loi se manifeste d'une façon tangible dans le fait suivant : à l'origine et pendant longtemps, les cours, s'inspirant de l'esprit de la loi, arrêtaient les défenseurs des accusés lorsqu'ils faisaient allusion, dans leurs plaidoiries, à la peine qui serait la conséquence du verdict. Les Cours avaient raison d'après la loi, puisque le jury, simple juge du fait, « manque au premier de ses devoirs », s'il se préoccupe du résultat de sa décision. Mais même les magistrats de profession ont fini par reconnaître que la loi elle-même ne pouvait prévaloir contre une impossibilité morale ; cette impossibilité était devenue flagrante depuis la loi de 1832 sur les circonstances atténuantes. Cette institution n'a qu'un but : permettre, en considération de certaines circonstances particulières au coupable, de diminuer la peine ; il faut bien, dès lors, faire connaître aux jurés quelle est la peine, et dans quelle mesure l'admission des circonstances atténuantes la mitigera.

Depuis cette époque, le défenseur peut librement faire envisager au jury dans tous ses détails le résultat des différents verdicts qu'il peut rendre ; c'est même là, bien plutôt que la discussion des faits, le fond de la plupart des plaidoiries des cours d'assises.

La moindre pratique des cours d'assises peut en convaincre, et fait même voir qu'il se produit entre les jurés et le président appelé par eux dans leur chambre de véritables marchandages portant sur la peine [1] : nous avons vu, par exemple, un jury poser l'alternative entre un acquittement ou l'engagement moral pris par la cour d'accorder à l'accusé la loi Bérenger. Nous sommes loin des recommandations de l'instruction affichée dans la chambre des jurés !

Dans cette même matière du jury, on trouve un autre exemple où la loi, se heurtant à une impossibilité, matérielle cette fois, cède devant elle et est inappliquée. Il s'agit de l'article 343 du Code d'instruction criminelle, qui porte que « les jurés ne pourront sortir de leur chambre qu'après avoir formé leur déclaration ». C'est fort bien, et cette disposition est en effet appliquée lorsque les débats sont assez courts pour pouvoir être suivis sans longue interruption. Mais, lorsqu'ils prennent, et cela est très fréquent, des développements tels qu'ils durent toute une journée, ou occupent les audiences de plusieurs jours, il faut bien rendre la liberté aux jurés. Ils vont prendre leurs repas dans la ville où ils siègent, passent parfois plusieurs nuits en dehors de l'enceinte du palais. Et certes, ils ne sont pas alors exempts de sollicitations. Sur ce point particulier, la loi, qui va jusqu'à prescrire de faire garder militairement les

1. Cette conférence secrète entre les jurés et le président, non autorisée par la loi, est elle-même d'une légalité contestable.

issues de la chambre des jurés, est encore ouvertement violée.

Ainsi, même dans la matière de la procédure pénale, où le respect religieux de la loi est une régle proclamée, on voit que cette loi est parfois tournée ou même inobservée. Cet état de choses provient ou de la nécessité, ou, ce qui est plus grave et plus sujet à réserves, de simples commodités pratiques. Abordons maintenant le fond du droit criminel, le Code pénal : voyons si, là au moins, la loi sera toujours et sans aucune adultération le seul élément de décision.

§ 2

CODE PÉNAL.

Une question bien intéressante à étudier au point de vue qui nous occupe est l'histoire du duel. Il ne s'agit pas de l'histoire de sa législation, car le législateur du Code et ceux qui l'ont suivi, n'ayant jamais parlé du duel, n'ont pu varier sur cette matière, mais bien de l'histoire de la pénalité appliquée en fait au duel.

Depuis la promulgation du Code pénal jusqu'à l'année 1837, la jurisprudence de la Cour de cassation considérait d'une façon constante que le duel ne rentrait pas dans les prévisions du législateur, et ne constituait pas un fait punissable. Les rares poursuites exercées contre les duellistes durant ce laps de temps avaient abouti à des acquittements, ou bien les jugements ou arrêts prononçant des condamnations avaient été cassés par la Cour suprême [1].

1. Cass. 8 avril 1819, 21 mai 1819 (deux arrêts), 14 juin 1821, 21 septembre 1821, 19 septembre 1822, 11 mai 1827, 29 juin 1827, 4 décembre 1824 (deux arrêts des chambres réunies), 8 août 1828 (chambres réunies).

Par l'arrêt du 22 juin 1837 [1], la Cour de cassation changea sa jurisprudence, à la suite des conclusions prises par le procureur général Dupin. La Chambre des mises en accusation de la cour d'Orléans ayant décidé qu'il n'y avait pas lieu de suivre contre un duelliste qui, dans un combat d'ailleurs loyal et régulier, avait tué son adversaire, la Cour de cassation, sur pourvoi du procureur général, cassa l'arrêt. La cour de Bourges, devant laquelle fut renvoyée l'affaire, jugea comme la cour d'Orléans : nouveau pourvoi et nouvel arrêt de cassation (15 décembre 1838), qui est la reproduction littérale du premier.

La nouvelle jurisprudence faisait rentrer le duel dans le droit commun, et y voyait un cas particulier de l'homicide.

Un tel revirement dans l'*interprétation* est certes fait pour étonner, et l'on peut, avec M. Valette (Rapport sur le duel) [2], trouver surprenant ce résultat « que tel « fait déclaré non punissable par onze arrêts de la Cour « suprême, dont trois rendus chambres réunies, sous la « présidence du garde des sceaux, s'est trouvé tout à « coup, sans qu'un mot eût été changé dans le texte de « la loi, passible de la peine de mort ou de celle des « travaux forcés à perpétuité ».

La Cour de cassation a persisté dans la jurisprudence innovée par l'arrêt du 22 juin 1837 ; et, depuis cette date, le duel est considéré par les cours comme rentrant dans la définition donnée par le Code pénal de l'homicide.

Est-ce à dire que toutes les conséquences de ce principe sont déduites en fait? Tous les duellistes sont-

1. V. cet arrêt dans le *Répertoire* de Dalloz, v° *Duel*.
2. Valette, *Mélanges*, t. II.

ils poursuivis pour meurtre ou tentative de meurtre avec préméditation? les règles de la complicité sont-elles rigoureusement appliquées aux témoins? Il n'en est rien, et nous allons voir, après cette indication rapide des variations de la jurisprudence et en étudiant de plus près la question, à quelles règles générales on paraît en définitive s'être arrêté.

Une première question se pose ici : le revirement marqué dans la jurisprudence par l'arrêt de 1837 est-il purement doctrinal, c'est-à-dire est-on revenu pour des raisons théoriques à la véritable interprétation du Code, après s'être trompé pendant trente ans? Ou bien, au contraire, sont-ce des considérations pratiques qui ont motivé un tel revirement, et trouvons-nous là un véritable exemple d'interprétation prétorienne? La solution de cette question est subordonnée à celle de savoir laquelle de ces deux interprétations successives et contradictoires de la loi pénale est théoriquement la véritable.

La question est-elle au moins douteuse?

Il convient de se demander, en discutant à un point de vue de pure théorie, si le duel est prévu et puni par le code de 1810.

Deux réflexions frappent dès l'abord: presque tous les auteurs répondent que le duel est un fait spécial, qui ne peut rentrer dans la définition donnée par le Code de l'assassinat ou des coups et blessures; en second lieu, cette opinion unanime des auteurs a été, il ne faut pas l'oublier, pendant près de trente années celle de la Cour de cassation.

Il y a là une sorte de préjugé qui n'est certes pas en faveur de la théorie consacrée par l'arrêt de 1837. Il convient de la discuter.

L'origine généralement reconnue du duel est le

combat judiciaire, employé comme mode de preuve chez les peuples germains, à côté du serment et pour en corriger les abus[1]. Ce combat judiciaire avait acquis de grands développements, ainsi qu'en témoignent les capitulaires et tous les documents de l'époque. Il faut remarquer qu'il était d'un usage général, et ne constituait pas le privilège d'une certaine classe d'hommes.

Le duel trouve aussi son origine, origine plus directe peut être parmi les guerres privées.

Ces deux faits, on peut dire ces deux institutions, d'abord générales, subirent durant le moyen âge des atteintes nombreuses, et perdirent peu à peu de leur importance, d'une part, par le progrès des mœurs, qui fit admettre des modes de preuve plus logiques que le combat judiciaire, et aussi par l'extension du pouvoir royal; le droit de guerre privée, attribut de la souveraineté, fut peu à peu, et malgré leurs résistances, perdu par les seigneurs avec leurs autres droits régaliens. Louis VII et Louis IX, ce dernier surtout[2], avaient contribué à ce mouvement. Le combat judiciaire et les guerres privées, avec leur caractère véritable, finirent par disparaître complètement, sans qu'il soit possible d'ailleurs de préciser la date exacte de ce changement, qui a été progressif et insensible.

Mais ces habitudes revêtirent alors une autre forme, et, se confondant, ont donné naissance au duel, avec les caractères qu'il revêt aujourd'hui. C'est au XV^e^ siècle qu'il prit franchement ce caractère: vengeance des querelles privées,

Le duel, proscrit par le Concile de Trente en 1563,

1. Montesquieu, *Esprit des lois*, l. 28 et 8.

2. Charte à la ville d'Orléans (Louis VII, 1168). Établ. de St.-Louis, l. 1^er^ (art. 2 et 7 et les 2 chap. 10 et 11).

fut puni comme crime par l'ordonnance de Moulins (1566) ; un édit de 1602 punit de mort et de confiscation, non seulement le duel, mais la provocation en duel ; les *seconds* encouraient les mêmes peines. Une sorte de tribunal d'honneur est institué.

Un édit de juin 1609 revient sur la rigueur inefficace de l'édit de 1602, et permet le duel dans les cas graves.

Enfin, on revient aux dispositions rigoureuses. L'édit de 1623 (Louis XIII), les édits de septembre 1651 et août 1679 (Louis XIV) constituent la législation qui a vécu jusqu'en 1791. Le duel y est puni de mort.

Ainsi, sous l'ancien régime, le duel est puni très sévèrement, et *il constitue un crime spécial*, crime de lèse-majesté. Les édits n'y voient pas une variété du meurtre ; ils appliquent les mêmes peines quelle que soit l'issue du combat. Il faut ajouter que cette législation s'appliquait aux non-nobles aussi bien qu'aux gentilshommes.

Telle était la législation du duel à la fin de l'ancien régime.

Le droit intermédiaire ne prévoit point le duel ; le code pénal du 25 septembre 1791 est muet sur ce point. On peut affirmer que cette omission est volontaire, et a pour conséquence la non-répression du duel. Deux projets, en effet, avaient été présentés sur cette matière et furent rejetés : on espérait que l'habitude du duel disparaîtrait d'elle-même « par l'heureux effet du progrès des « lumières et d'une éducation vraiment nationale [1] ».

Que cet espoir doive être rangé parmi les innombrables illusions du temps, ce n'est guère contestable ; mais on en doit conclure la volonté formelle de la part du législateur de ne point punir le duel. Comment

1. Cahiers du tiers état.

admettre que son silence ait eu pour conséquence de faire rentrer le duel dans la classe des homicides? Il faut se rappeler qu'on se trouvait en présence d'une législation qui, depuis deux siècles, punissait le duel comme un crime spécial, crime de lèse-majesté. Il est impossible que le législateur ait apporté un tel changement par la voie d'une simple prétérition, surtout alors que ce silence est attribué par lui-même à la volonté de ne pas réprimer le duel. « Le Code pénal du 25 septembre « 1791, dit Merlin dans son répertoire, est muet sur le « duel, et il résulte assez clairement de son silence que « le duel ne doit plus être considéré comme un délit « que les tribunaux puissent poursuivre. »

De même que le code de 1791, le code du 3 brumaire an IV, la loi du 25 frimaire an VIII ne font aucune mention du duel. Aucune des lois du droit intermédiaire n'en parle, et il faut ajouter que, durant cette période, aucune poursuite ou condamnation n'intervint contre des duellistes. Ce dernier point a bien son importance : car il en résulte tout au moins que la jurisprudence de cette époque n'avait pas encore trouvé l'interprétation qui triomphe aujourd'hui.

Le code pénal de 1810 garde sur le duel le même silence que les lois de la période intermédiaire qui l'ont précédé. Ici pourtant, l'on trouve la première trace et l'origine du système qui va traiter le duel comme un cas particulier de l'homicide ou des blessures volontaires. Cette interprétation est donnée par Montseignat, rapporteur de la commission du corps législatif: « Le « duel, dit-il, se trouve compris dans les dispositions « générales qui vous sont soumises. Le projet n'a pas « dû particulariser une espèce dans un genre dont il « donne les caractères. »

Cette opinion du rapporteur de la commission est

le seul argument sérieux que peuvent faire valoir ceux qui croient que la jurisprudence, en poursuivant les duellistes, ne fait qu'appliquer les textes et l'esprit du Code pénal. Cet argument est sérieux, il faut l'avouer, mais il n'est pas invincible. L'avis de Monseignat ne saurait prévaloir sur les textes de la loi. Il faut remarquer que cet avis a passé pour ainsi dire inaperçu. Tout au plus peut-on conclure que l'opinion du rapporteur de la commission était celle de la commission elle-même ; il n'est pas même certain qu'elle fût celle du corps législatif, ce corps ne pouvant que voter sans délibérer.

Mais, d'ailleurs, d'autres organes concouraient à la formation de la loi. Or, aucune trace du système de Montseignat ne se trouve dans les motifs produits par les orateurs du gouvernement, aucune trace dans les discussions au Conseil d'État. Le mot de duel n'est pas prononcé ; et pourtant, dans ces discussions, on trouve sur toutes les matières du Code, serrés de près les motifs des décisions, et exprimé d'une façon complète et précise le véritable esprit du législateur. C'est le Conseil d'État qui élabore les projets ; la commission du corps législatif ne concourt pas à leur rédaction ; elle ne fait que les proposer à l'adoption de ce corps, et l'on peut dire que l'avis de Montseignat n'a que la valeur d'une opinion émise en cours de discussion.

Les vrais auteurs du projet, les membres du Conseil d'État, ont omis, et volontairement omis, de prévoir le duel. Ce fait nous est attesté par Merlin, qui a assisté à toutes les délibérations du Conseil d'État [1].

En dégageant son esprit de toute considération pratique, en recherchant seulement quelle a été l'in-

1. V. *Quest. de droit*, v° *Duel.*

tention du législateur, on peut dire d'une façon certaine que, sous l'empire du Code pénal, le duel n'est pas réprimé. Telle est, d'ailleurs, l'opinion de presque tous les auteurs ; telle a été, pendant trente ans, celle de la jurisprudence. Enfin, les nombreux projets de loi sur le duel qui ont été élaborés, sans qu'aucun d'ailleurs ait pu aboutir, montrent que telle était aussi l'opinion des assemblées, c'est-à-dire du législateur.

Des projets furent présentés en 1819, puis en 1829, à la suite d'un référé du roi [1]. Ce dernier projet fut arrêté par la révolution de 1830; deux autres, l'un de 1832, l'autre de 1845, n'aboutirent pas davantage. Enfin l'assemblée de 1848 fut saisie de quatre projets, trois en 1849, un en 1850. Ils ont donné lieu au rapport de M. Valette, qui date de 1851, et qui est un chef-d'œuvre de netteté et de logique. Le coup d'État vint encore ajourner la solution.

Tel est l'état de la législation. Malgré toutes ces raisons, la jurisprudence proclame que le duel est un fait punissable, une infraction à la loi pénale, et cela, parce que le duel est un fait contraire à la morale et dangereux pour la société : c'est là, on ne saurait le contester, le fond de l'argumentation de la jurisprudence. Il suffit, pour s'en convaincre, de jeter les yeux sur les deux arrêts de la Cour de cassation, motivés d'une façon identique, du 22 juin 1837 et du 15 décembre 1838, arrêts qui ont fixé la jurisprudence. Les raisons de texte, ou plutôt d'absence de texte venant apporter une exception à la répression de l'homicide, y sont à la vérité invoquées : il faut bien se référer à la loi. Mais elles ne paraissent être là que pour la forme, et ce sont les raisons morales qui tiennent toute la place :

1. Cass., 8 août 1828.

« Attendu ....., disent ces arrêts, que c'est une maxime inviolable de notre droit public que nul ne peut se faire justice à soi-même; que la justice est la dette de la société tout entière, et que toute justice émane du roi, au nom duquel cette dette est payée; que c'est une maxime non moins sacrée de notre droit public que toute convention contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public est nulle de plein droit; que ce qui est nul ne saurait produire d'effet, et ne saurait, à plus forte raison, paralyser le cours de la justice, suspendre l'action de la vindicte publique et suppléer au silence de la loi pour excuser une action qualifiée crime par elle, et *condamnée par la morale et le droit naturel.* »

Malgré la forme de l'*attendu*.... voilà des raisons qui ont leur place plutôt dans l'exposé des motifs d'un projet de loi que dans un arrêt, et, considérées ainsi, elles sont fort justes; mais la question n'est pas là : il s'agit de savoir si la jurisprudence a suppléé ici à une lacune de la loi, ou bien si elle n'a fait que tirer toutes les conséquences des prescriptions du législateur, qui, selon le mot de Theilhard, n'aurait pas voulu faire au duel « l'honneur de le nommer ».

S'il est vrai que la jurisprudence ne s'est pas, sur ce point, érigée en loi, si elle a seulement appliqué la loi existante, il faut admettre que le duel est un cas particulier de l'homicide ou de la tentative de l'homicide. Voyons quelles seraient les conséquences de cette théorie.

Le duel est un homicide s'il y a eu mort d'homme, une tentative d'homicide s'il n'y a pas eu mort d'homme. Le résultat de l'infraction commencée peu faire dégénérer cette infraction en simple tentative : jamais il ne peut changer la nature même de l'infraction. Donc le duelliste qui n'a pas tué son adversaire devra être pour-

suivi, même si le duel n'a eu aucun résultat; il devra être poursuivi pour tentative d'homicide, même s'il ne s'en est suivi que des blessures; on ne pourra pas appliquer les articles 309 et suivants, puisque chacun des combattants accomplit volontairement un acte qui, eu égard aux armes employées, peut occasionner la mort.

Dans quelle classe d'homicide va rentrer l'acte du duelliste? Le Code pénal distingue et réprime trois espèces d'homicide : l'homicide par imprudence (art. 319), le meurtre simple (art. 295), le meurtre aggravé ou assassinat (art. 296). Il faut écarter bien évidemment la première de ces hypothèses : l'action du duelliste est parfaitement volontaire, et ne saurait être qualifiée de *maladresse, imprudence, inattention, négligence ou inobservation des règlements* (termes de l'art. 319).

L'homicide commis en duel est donc un meurtre, c'est-à-dire un homicide volontaire : est-ce un meurtre simple ou un meurtre aggravé, un assassinat? Cette aggravation peut résulter de l'une des deux conditions suivantes : guet-apens, préméditation. Dans un combat régulier, il n'y a pas de guet-apens; mais la régularité même de ce combat, dont l'heure et toutes les conditions sont fixées à l'avance, n'a-t-elle pas pour corollaire une préméditation, souvent longue et toujours établie? L'homicide commis en duel, s'il rentre dans les prévisions du Code pénal, ne peut donc être qualifié qu'assassinat.

Une seconde conséquence forcée de la théorie de la jurisprudence est relative à la complicité. Les témoins qui prêtent aux combattants *aide et assistance* sont des complices et, comme tels, devraient être punis des peines de l'assassinat. On ne peut objecter, comme l'a

fait un arrêt [1], que « les témoins, ayant fait des efforts pour empêcher le duel, ne peuvent être réputés complices ». « Supposons, dit Faustin Hélie, un crime ordinaire d'assassinat commis par plusieurs malfaiteurs. Quelques-uns, sur le lieu même du crime, élèvent des objections, et s'efforcent d'en détourner les autres, mais ceux-ci persistent dans leur projet; ils cessent leurs remontrances et prêtent leur aide à la consommation du crime: est-ce que ces agents auront cessé d'être complices [2]? »

Ainsi, trois conséquences logiques, nécessaires, découlent de la théorie proclamée par l'arrêt de 1837 : les duellistes doivent toujours être poursuivis, quelle qu'ait été l'issue du combat, et le blessé aussi bien que son adversaire, comme coupables d'homicide ou de tentative d'homicide ; — les témoins doivent être condamnés comme complices ;—les peines sont celles de l'assassinat.

Il est évident que de telles conséquences sont inapplicables, et, en effet, elles ne sont pas appliquées.

Un seul principe paraît guider l'action du ministère public et les décisions judiciaires.

Le duel n'est poursuivi que si le combat a eu un résultat; la qualification est subordonnée à ce résultat : assassinat s'il y a eu mort d'homme, et justiciable alors de la cour d'assises ; simple délit correctionnel des articles 309-311 s'il n'y a eu que des blessures ; il n'est pas poursuivi si le sang n'a pas été répandu. Il faut remarquer que les duellistes, à condition bien entendu que la combat ait été loyal, sont toujours acquittés par

1. Cass. 4 janv. 1845.
2. Chauveau et F. Hélie, *Théorie du Code pénal*, t. III, n. 530.

les jurys, toujours et nécessairement condamnés par les juges correctionnels.

On arrive ainsi à ce résultat, qui suffit à condamner, au point de vue théorique, le système de la jurisprudence: des coupables de tentative d'assassinat et leurs complices ne sont même pas poursuivis ; — s'il y a eu mort d'homme, le meurtrier et les témoins sont poursuivis, mais absous ; — si enfin, le duelliste a eu le malheur de blesser son adversaire au lieu de le tuer, il est poursuivi et sûrement condamné. Et le blessé lui-même est poursuivi pour tentative du même fait: la gravité de sa propre blessure sert de mesure à la peine qui devra lui être infligée !

La vue d'un tel illogisme mène nécessairement à cette conclusion : le duel est un fait *immoral et contraire à l'ordre public;* mais c'est une infraction d'un caractère tout spécial, et qui ne saurait rentrer dans les cas prévus par le Code pénal. En présence du silence de ce Code et de l'avortement des divers projets de loi tendant à réprimer le duel, la jurisprudence a cependant voulu l'atteindre, et elle s'est servie des armes qu'elle avait dans les mains. On peut faire un rapprochement entre la date de l'apparition de cette théorie (1837) et celle de la loi sur les circonstances atténuantes (1832). Sans cette loi, qui mitige la rigueur des peines, on peut affirmer que la théorie de la jurisprudence ne se serait pas fait jour: l'arme eût été trop brutale et les peines trop en disproportion avec le fait incriminé.

Quoi qu'il en soit, il est difficile de ne voir là qu'une interprétation de pure doctrine. Il semble, à étudier cette histoire, que la jurisprudence ait attendu qu'il fût bien avéré qu'une loi sur le duel ne pouvait pas aboutir, et que l'invention des circonstances atténuantes lui permît de le frapper de peines raisonnables ; alors elle

s'est décidée à sévir. Et, d'autre part, on saisit le caractère pratique de cette *loi vivante,* qui s'attache principalement à la gravité du trouble apporté à l'ordre public, on peut dire au scandale, et se préoccupe avant tout de la matérialité du résultat.

CHAPITRE VIII.

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ.

Avec le droit commercial, on a vu un droit resté encore en partie coutumier, mais pourtant avec un fond de codification. Ici, ce fond ne se trouve pas. Le droit international, résultat de rapports fréquents et réguliers entre individus de nations différentes, n'est pas ancien. Quelques règles particulières suffisaient là où une science est devenue nécessaire. Nous assistons, non plus à la naissance de quelques institutions, mais à la naissance d'un droit tout entier.

Il n'existe donc aucune réglementation législative générale de ce droit; il n'y a pas de code de droit international. On trouve à peine quelques textes régissant bien incomplètement quelques-unes de ses matières, soupçonnant quelques hypothèses.

Et pourtant le droit international existe ; il est l'objet de nombreux ouvrages. Il n'est point non plus seulement de la théorie ; car les questions qui rentrent dans son domaine sont l'objet de nombreuses décisions de jurisprudence. Il faut donc bien admettre qu'il existe un droit sans lois ou presque sans lois pour régir les rapports privés entre étrangers, un droit qui, par conséquent, est presque tout entier sous l'empire de la coutume.

Le droit international est défini par les auteurs modernes : « *l'ensemble des règles pratiquées habituellement entre les États, avec appréciation de ces règles au point de vue du droit naturel* [1]. »

Il se divise en droit international public et en droit international privé, suivant qu'il s'agit de régler des intérêts généraux ou des intérêts privés. Le droit international public ne saurait nous arrêter; ses règles échappent en effet à la jurisprudence et à la pratique ordinaire: elles portent sur les rapports entre les États souverains, et ce droit ne peut fournir aucune matière à notre étude.

Il n'en est pas de même du droit international privé : il a pour domaine des questions d'intérêt privé ; ses règles sont d'application intérieure, et les difficultés qu'il comporte sont souvent portées devant les tribunaux.

Où trouve-t-on les règles du droit international privé ? Quelles sont ses sources ? La loi écrite offre ici, il faut le reconnaître, une source bien peu considérable. Il faut mettre à part les traités diplomatiques, qui nécessairement ne peuvent avoir aucun caractère de généralité, n'étant passés que sur des points particuliers, et ne pouvant être invoqués que par les nationaux de l'État avec lequel il a été traité. Mais la loi même, la loi nationale française, quelles questions de droit international résout-elle ?

Il n'existe aucun code de droit international; quelques cas particuliers sont seulement indiqués, plutôt que résolus. Examinons d'abord le Code civil. L'article 3 prévoit les conflits de lois ; les articles 9 à 21 sont relatifs à l'acquisition et à la perte de la nationalité ; l'article 47 indique les conditions que doivent remplir

1. Weiss, *Traité élém. de droit international privé*, introd., p. III.

les actes de l'état civil reçus à l'étranger ; les articles 170 et 171 édictent les règles pour les mariages contractés à l'étranger par des Français ; l'article 999 porte sur les testaments dressés hors de France ; les articles 2123 et 2128 sur les hypothèques résultant des jugements étrangers ou de conventions passées à l'étranger. Le Code de procédure civile parle de l'exécution des actes et jugements étrangers dans son article 546.

Donc dans les codes, pas de théorie générale, mais l'examen de points particuliers. Les lois postérieures présentent le même caractère, et ce sont : les lois du 3 décembre 1849 et du 29 juin 1867 sur le séjour en France et la naturalisation des étrangers, les lois du 7 février 1851, du 16 décembre 1874, du 14 février 1882 et du 28 juin 1883 sur la nationalité, enfin, la loi du 30 mai 1857 sur les sociétés anonymes étrangères.

En matière criminelle, on trouve les articles 5 et 7 du Code d'instruction criminelle, modifiés par la loi du 27 juin 1866, qui indiquent les cas où les infractions commises à l'étranger sont punies par la loi française.

Ainsi, dans les textes, aucune théorie générale, mais seulement l'examen, fort rudimentaire le plus souvent, de questions particulières. Pourtant des questions de droit international privé se présentent devant les tribunaux, et ce droit existe.

Il faut donc puiser ailleurs que dans la loi écrite, où se trouvent tant de lacunes. Le droit international privé a en effet d'autres sources ; ces sources sont indiquées par les auteurs.

C'est d'abord la coutume internationale. — « *La « coutume,* écrit M. Weiss, *joue un rôle important dans « toutes les branches de la législation, parce qu'elle « supplée aux lacunes et aux imperfections de la loi « positive ;* ELLE LA CORRIGE, ELLE LA PLIE AUX MŒURS ET

« AUX NÉCESSITÉS LOCALES. *En matière internationale,*
« *son utilité augmente encore en l'absence d'une loi écrite*
« *qui réglerait les rapports des nations entre elles* [1]. »

Une autre source se trouve dans la doctrine des auteurs ; ce sont des philosophes comme Grotius, Hubner, Bentham ; ce sont les auteurs modernes, les écoles allemande et italienne et les auteurs contemporains. Pour ne parler que des noms les plus connus, citons Savigny, Laurent Mancini, Pascal Fiore. De précieuses indications sont encore puisées dans les auteurs français de l'ancien droit, Dumoulin, d'Argentré, Guy Coquille.... On peut trouver étrange que le Code ne se soit que fort peu occupé du droit international parce que ce droit existait fort peu, alors que les anciens auteurs en avaient étudié les questions. Cela s'explique aisément : les lois révolutionnaires ont soumis la France à une législation unique ; auparavant, elle était régie par une foule de coutumes diverses, et chaque parcelle de son territoire avait une législation propre. De là des conflits entre ces coutumes, qui avaient donné naissance à une sorte de droit international interne. Avec le Code, cette situation cesse, et, d'autre part, les relations entre personnes de nationalités différentes n'étaient pas assez développées pour que le véritable droit international fût créé.

Enfin la dernière source du droit international privé est la jurisprudence. Comme la doctrine, la jurisprudence prend une importance d'autant plus grande comme source du droit que la législation est plus incomplète. Plus les lacunes sont nombreuses dans la loi, plus elle a l'occasion et la nécessité d'exercer sa fonction de *supplere*.

1. *Op. cit.*, introd., p. XXVIII.

On voit que les sources générales du droit, d'un côté la législation écrite, de l'autre la coutume *lato sensu*, — usages, jurisprudence, doctrine, — ont ici une importance respective tout autre que dans le droit national.

Pour le droit international privé, de formation récente, on n'est pas encore arrivé à une période de codification complète ; la loi écrite ne consacre que quelques règles. Ces règles sont le plus souvent fort vagues, et leur rédaction laisse le champ libre au plus vaste pouvoir d'interprétation. Les sources coutumières ont par là un rôle plus large et une plus grande autorité.

Les grandes divisions du droit international privé, les questions générales qui rentrent dans son domaine, sont au nombre de quatre : 1° la nationalité, 2° la condition des étrangers, 3° le conflit des lois, 4° les juridictions et la procédure.

Nous ne saurions évidemment songer à montrer l'action de la coutume dans tous les cas où cette action se produit; ce serait là un traité complet de droit international privé : suivant notre méthode, nous chercherons à la saisir seulement là où elle est la plus flagrante.

1° NATIONALITÉ.

Cette matière est peut-être celle, dans le droit international privé, qui est le plus complètement réglée par la loi. Les articles 9, 10, 12, 17, 18, 19, 20, 21 du Code civil, la loi du 29 juin 1867 sur la naturalisation, les lois du 26 juin 1889 et du 22 juillet 1893, constituent un contingent de textes qui contiennent un fond de règles, mais qui pourtant laissent une large

place aux controverses et, par suite, à l'action de la coutume et de la jurisprudence.

La question suivante peut, à cet égard, servir d'exemple. La loi française reconnaît la validité d'une naturalisation obtenue à l'étranger par un Français [1], soit avec l'autorisation du gouvernement français, soit sans que cette autorisation ait été obtenue. Il est vrai que, pour ce dernier cas, le décret du 26 août 1811 (dont la légalité d'ailleurs est contestable) accumule contre le Français plusieurs déchéances. L'une de ces déchéances, la confiscation, a été abolie par la Charte de 1814 ; les autres, privation du droit de succéder, privation des titres, etc., subsistent. Mais il n'en est pas moins vrai que, quitte à les encourir, le Français peut renoncer à sa nationalité : la nationalité française ne s'impose pas.

Ce principe, théoriquement incontestable, ne sera pas, on le conçoit aisément, sans avoir des conséquences scandaleuses : n'y a-t-il pas là un moyen facile pour certains Français d'éluder des prescriptions ou des prohibitions de la loi française ? La jurisprudence l'a pensé, et elle apporte une condition à la perte de la qualité de français *par la nationalité acquise en pays étranger,* dont parle l'article 17 ; il ne faut pas que cette naturalisation soit frauduleuse. Par exemple : antérieurement à la loi de 1884, qui a rétabli le divorce en France, deux époux se sont fait tous deux naturaliser dans un pays où le divorce était admis ; puis, invoquant leur statut personnel, ils ont fait dissoudre leur mariage. D'après la jurisprudence, le divorce obtenu dans ces conditions ne peut être invoqué en France [2].

Autre hypothèse : un Français contre lequel une

1. Code civ., art. 17.
2. Trib. de la Seine, 31 janvier 1877.

demande en dation de conseil judiciaire est introduite se fait naturaliser à l'étranger pour s'y soustraire. Cette naturalisation ne peut être invoquée en France [1].

La jurisprudence française refuse donc de sanctionner les naturalisations acquises à l'étranger *in fraudem legis*. Cette doctrine n'est généralement pas admise par les auteurs. M. Weiss écrit : « Le système « de la jurisprudence nous paraît dangereux et fécond « en difficultés. Du moment que, rompant avec la doctrine « de l'allégeance perpétuelle, la législation française « admet la liberté de l'émigration, elle est par cela « même obligée de reconnaître à l'expatrié le bénéfice « de son statut personnel nouveau. Refuser de lui tenir « compte du divorce valablement prononcé à l'étranger « entre lui et son conjoint également dénationalisé, « c'est reprendre d'une main la liberté que la loi lui « rend de l'autre ; c'est ajouter à l'article 17-1°, et introduire dans notre législation des éléments nouveaux « sous prétexte de l'interpréter. Comment, d'ailleurs, « et d'après quels caractères sera-t-il possible de reconnaître une intention frauduleuse dans le fait du « Français qui acquiert une nationalité nouvelle ? « Sera-t-il toujours facile de distinguer la naturalisation « frauduleuse de celle qui ne l'est pas ? La décision du « juge sera souveraine et trop souvent arbitraire [2]. »

Nous avons transcrit ce passage en entier, car il reproduit l'éternel argument de la doctrine contre les solutions de la jurisprudence : le reproche d'arbitraire. Il est certain que le raisonnement de M. Weiss est la logique même. Mais la jurisprudence peut répondre que son système est le seul dont les conséquences

1. Trib. de la Seine, 8 mars 1884 (*Gaz. des Trib.* du 14 mars 1884.)
2. Weiss, *op. cit.*, p. 186.

soient acceptables, et opposer la maxime : *fraus omnia corrumpit*. Il est vrai que ce brocart n'est qu'une règle de bon sens et de tradition, et non pas un texte législatif.

2° CONDITION DES ÉTRANGERS.

La question générale de cette seconde matière du droit international privé offre au premier chef un exemple de la pénurie des textes et, par suite, de l'importance de l'interprétation. La condition des étrangers en France est réglée par les termes bien vagues de l'article 11 du Code civil : « L'étranger jouira en France « des mêmes *droits civils* que ceux qui sont ou seront « accordés aux Français par les traités de la nation à « laquelle cet étranger appartiendra. »

Quelle est, en présence de ce texte, la condition en France de l'étranger avec le gouvernement duquel n'est intervenue aucune convention diplomatique ? Quels seront ses droits ? Trois systèmes sont en présence.

Premier système. — Le premier système, raisonnant sur l'antithèse qui existe entre l'article 11 et l'article 8, qui porte que tout Français jouira des droits civils, pose pour l'étranger le principe que l'incapacité est la règle, la capacité l'exception. L'étranger n'a en principe aucun droit. Il n'aura que ceux qui lui sont accordés, même implicitement, par le Code civil ou par les lois postérieures, toujours à défaut de convention diplomatique. Par exemple, si tout étranger peut se marier en France, c'est que l'article 12 porte que « l'étrangère qui « aura épousé un Français suivra la condition de son « mari », et l'article 19 « qu'une femme française qui « épousera un étranger cesse d'être française. » Ces articles supposent le mariage de sujets étrangers. Si on

reconnait à l'étranger le droit de posséder, de contracter, c'est que les articles 3, § 2, 14 et 15 prévoient des hypothèses où l'étranger a exercé l'un de ces droits. (Demolombe.) Ce système, d'après lequel le Code, frappant l'étranger de mort civile, lui reconnait les droits les plus importants d'une façon virtuelle et détournée, est généralement rejeté.

Deuxième système. — Le second système se place à un point de vue diamétralement opposé. En principe, l'étranger jouit en France de tous les droits privés qui appartiennent aux Français ; ce n'est que par exception que certains de ces droits ne lui appartiennent pas à défaut de traité. Les articles 14, 16, 726 et 912 du Code civil, 905 du Code de procédure civile sont des exemples d'exceptions de ce genre (Demangeat, Valette.) Ce système est philanthropique, trop peut-on dire pour être celui du Code. Il fait d'ailleurs vraiment dire à l'article 11, qui, on ne peut le nier, a une allure restrictive, tout le contraire de ce qu'il dit.

Troisième système. — Ce système n'admet pas, comme les précédents, de règle absolue ; il se formule ainsi : l'étranger jouit en France de tous les droits privés qui rentrent dans le *droit naturel ;* il ne jouit pas en principe de ceux qui rentrent dans le *droit civil.* Quant à la distinction de ces droits dans ces différentes espèces, ce sera aux Tribunaux de la faire. (Aubry et Rau.) Cette distinction est conforme aux idées régnantes lors de la confection du Code, et transparait dans les travaux préparatoires. Portalis dit : « Il est pourtant des « droits qui ne sont point interdits aux étrangers : ces « droits sont tous ceux qui appartiennent bien plus au « droit des gens qu'au droit civil..... »

Ce système est celui de la jurisprudence, et, il faut l'ajouter, celui de la grande majorité des auteurs. C'est

certainement le système du Code civil. Il est contesté pourtant. Pourquoi ? C'est que certains interprètes, qui veulent que la loi ait tout réglé, ne peuvent admettre qu'elle ait sur un point laissé aux juges une latitude aussi grande que celle que ce système leur donne nécessairement ; aussi le reproche d'arbitraire ne lui est pas épargné. Qui fera la distinction entre les droits naturels et les droits civils ? Les juges. Mais d'après quelles règles se décideront-ils ?

Il est certain que le pouvoir des juges, d'après ce système, dépasse celui du simple interprète, et rentre dans leur fonction prétorienne ; car on se trouve en présence d'une véritable abdication de la loi sur ce point. Rien n'est plus variable, suivant les esprits, mais surtout suivant l'évolution des idées, que la distinction entre le droit naturel et le droit civil. Telle institution qui, dans les époques primitives, était un droit civil, est devenue, avec le progrès de la civilisation, un droit naturel au premier chef.

La jurisprudence aura donc la faculté, en l'absence de prescriptions précises de la loi, de suivre la marche des idées et d'élargir de son chef le cercle des droits reconnus aux étrangers. Cette conséquence du système est du reste formellement acceptée par MM. Aubry et Rau, qui écrivent : « Le droit des gens n'est pas un « droit stationnaire, mais un droit *essentiellement pro-* « *gressif*..... Ils (les rédacteurs du Code) pensèrent que « la barrière à opposer aux prétentions des étrangers « ne devait pas être fixée d'une manière immuable par « la législation, et qu'il fallait laisser à la jurisprudence « et à la doctrine la possibilité de la déplacer, suivant « la marche progressive du droit des gens [1] ».

1. Aubry et Rau, t. I, p. 293, note 15.

3° CONFLIT DES LOIS.

Cette matière du droit international est, autant que les précédentes, livrée à la coutume. L'article 3 du Code civil, le seul qui la concerne, n'est que l'énonciation d'un très petit nombre de règles découlant de l'ancienne théorie des statuts, à laquelle il semble ainsi se référer. Il est si peu complet, que ses dispositions se concilient avec la théorie toute contraire de la personnalité du droit, aujourd'hui adoptée. Nous ne voyons, au surplus, aucun point particulier en cette matière qu'il soit intéressant de signaler.

4° PROCÉDURE.

Ce dernier chapitre du droit international privé présente encore un cas intéressant où le manque de précision de la loi laisse le champ libre à l'interprétation, et où la jurisprudence, parmi les différents systèmes qui se sont dès lors fait jour, choisit celui qui lui donne le plus large pouvoir. Nous voulons parler de la question de l'exequatur que les tribunaux français ont à donner aux jugements étrangers pour que ces jugements, aux termes de l'article 2123, emportent hypothèque en France.

Les jugements étrangers, aux termes de cet article, ne produisent un tel effet, à défaut de traités, « qu'autant « qu'ils ont été déclarés exécutoires par un tribunal « français. » Quel est exactement le rôle et le pouvoir du tribunal français chargé de cette mission ? Trois systèmes sont en présence.

Un premier système distingue entre les jugements étrangers qui prononcent une condamnation contre un Français et ceux qui prononcent une condamnation contre un étranger. Dans le premier cas, le jugement n'a aucune valeur, et le Français peut à nouveau débattre ses droits devant le tribunal français. L'article 2123 ne viserait que le second cas.

Ce système s'appuie sur l'ordonnance de 1629, qui consacre cette distinction. (Fœlix, Valette et quelques décisions judiciaires.)

Les deux autres systèmes repoussent cette distinction, mais ils diffèrent sur le pouvoir du tribunal français. Le deuxième système consiste à décider que le tribunal français doit revêtir le jugement étranger de la formule exécutoire, en examinant seulement si ce jugement émane de la juridiction compétente et ne viole aucune loi d'ordre public, mais sans pouvoir examiner le fond de l'affaire, reviser le jugement étranger.

Le troisième système, ou système de la revision, reconnait au tribunal français le droit d'examiner à nouveau le fond de l'affaire, de *reviser* le jugement étranger : est-il besoin de dire que ce système est celui de la jurisprudence ?

Sans examiner les mérites respectifs de ces trois systèmes, bornons-nous à constater que le vague de la législation sur ce point, comme sur presque tous ceux du droit international, a permis à trois systèmes contradictoires de se produire et de se soutenir, sans pouvoir être réfutés ni l'un ni l'autre d'une façon irréfragable par des arguments puisés dans la loi. La jurisprudence, en présence de cette liberté qui lui est laissée, n'hésite pas, bien entendu, à choisir le système qui lui donne les pouvoirs les plus étendus.

On trouverait, sans aucun doute, d'autres questions

parmi celles du droit international privé, où le caractère en partie coutumier de ce droit apparaît. Nous en avons choisi quelques-unes parmi les plus frappantes.

CHAPITRE IX

PRATIQUE EXTRAJUDICIAIRE.

Les tribunaux ne sont pas les seuls organes chargés d'appliquer et, par conséquent, d'interpréter les lois. Leur rôle (sauf quelques actes de juridiction gracieuse qui tiennent une place relativement fort restreinte) ne s'exerce que sur le contentieux, ne commence que lorsqu'une contestation est soulevée ; leur domaine se limite au droit à l'état de guerre.

Une foule de prescriptions législatives, ressortissant même du droit civil, s'adressent soit à des magistrats de l'ordre administratif, soit à des personnes revêtues d'un caractère public. De ce côté aussi s'établiront des usages. Il est certain que, si quelques-uns de ces usages sont contraires à la loi, on pourra s'adresser aux tribunaux, qui décideront en dernière analyse de leur régularité, et pourront annuler les actes faits en violation des prescriptions légales. Il semble donc que, si la pratique extrajudiciaire peut coopérer avec la jurisprudence dans une œuvre commune de développement prétorien, elle ne peut du moins y travailler que dans la mesure où la jurisprudence le lui permet : ayant besoin de sa sanction, elle ne pourra pas, à ce qu'il semble, être plus radicale que celle-ci, du moins avec efficacité.

Il y a pourtant à cette proposition deux limitations. En premier lieu, les tribunaux ne se saisissent pas d'office des affaires ; pour qu'ils aient à trancher une question, il faut que cette question leur soit soumise. Si donc une pratique, même contraire à la loi, s'établit, les tribunaux ne pourront la condamner qu'autant qu'elle lésera des intérêts qui se pourvoiront devant eux. Un certain nombre de pratiques se sont établies ainsi, sans que la question de leur légalité ait été soulevée devant l'autorité judiciaire. D'autre part, à côté des tribunaux civils, existe l'autorité administrative, qui, sous sa double forme, administration active, juridictions administratives, a un grand nombre de dispositions législatives à appliquer et à interpréter : nous verrons que, même dans les cas où l'autorité judiciaire a à intervenir, l'administration sait parfois, par des moyens indirects, faire prévaloir, sur la loi interprétée par les juges de droit commun, une interprétation qui lui semble plus équitable.

Il y a donc là, à côté de la jurisprudence judiciaire, un double champ pour l'exercice d'un pouvoir prétorien.

§ 1er

PERSONNES REVÊTUES D'UN CARACTÈRE PUBLIC.

A. — *Officiers de l'état civil. — Publications de mariage.*

Il n'y a pas là une véritable question de droit pouvant donner lieu à de longs développements ou offrant une importance scientifique.

Nous indiquons seulement un petit fait qui prouve que les prescriptions de la loi ne sont pas strictement

exécutées lorsqu'elles ne sont plus en accord avec les mœurs ou seulement avec les habitudes sociales. Aux termes des articles 63 et 64 du Code civil, le mariage doit être précédé de deux publications faites devant la porte de la mairie ; l'acte constatant que cette formalité a été accomplie doit rester affiché durant les huit jours qui séparent les deux publications. Or, en pratique, les publications verbales, qui constituent, il faut le reconnaître, un mode de publicité assez illusoire, ne sont pas faites. La seule publicité réside dans l'affichage réglementaire de l'acte, qui constate qu'elles l'ont été. Cela constitue évidemment une garantie suffisante et la seule qui soit efficace ; mais il n'en est pas moins vrai que dans cet acte un officier public affirme avoir accompli une formalité qu'en fait il n'a jamais accomplie.

Il n'y a guère à craindre qu'on soulève devant les tribunaux une nullité tirée de cette inobservation de la loi, en usant, car cela serait nécessaire, de la procédure de l'inscription de faux. Si cela arrivait pourtant, on peut se demander ce que ferait la jurisprudence : sanctionnerait-elle la pratique universelle, ou ferait-elle au contraire respecter malgré tout la loi, au risque de jeter la perturbation dans le pays, car tous les mariages seraient nuls ? La question n'est pas si extraordinaire et si peu pratique qu'elle pourrait le paraître. Dans un cas offrant quelque ressemblance avec celui qui nous occupe, la jurisprudence, en effet, a refusé de sanctionner une pratique absolument générale. L'émoi a été tel, qu'une loi a dû intervenir, et cette loi a donné raison à la pratique. Nous sommes ainsi amenés à notre second exemple.

B. — *Actes notariés, présence réelle du second notaire ou des témoins.*

L'article 9 de la loi du 25 ventôse an XI dispose : « Les actes seront reçus par deux notaires ou par un « notaire assisté de deux témoins..... » D'après l'usage constant, antérieurement à cette loi, le second notaire ou les témoins instrumentaires n'étaient jamais présents à la confection de l'acte. Le notaire rédacteur leur faisait seulement apposer après coup leurs signatures. Cette pratique était enracinée, car elle subsista, malgré de nombreuses dispositions la condamnant (ordonnances de 1498, 1507, 1543 et 1579). Sous la nouvelle loi, elle se perpétua, et, dans le droit actuel, elle régna sans être attaquée durant quarante ans.

Mais la loi était formelle, et, dans notre droit, la coutume ne peut prévaloir contre la loi. Aussi des cours annulèrent-elles des actes faits en inobservation de la règle. La Cour de cassation rejeta les pourvois formés contre les arrêts de ces cours. On conçoit quel fut l'effet de cette jurisprudence, quelles responsabilités encourait par son fait tout le notariat, et quel trouble elle apporta dans tous les intérêts : tous les actes notariés étaient entachés de nullité.

Le législateur s'émut de cette situation, et la loi des 21-24 juin 1843 intervint. L'acticle 1er de cette loi est ainsi « conçu : Les actes notariés passés depuis la promulgation « de la loi du 25 ventôse an XI ne peuvent être annulés par « le motif que le notaire en second ou les deux témoins « instrumentaires n'auraient pas été présents à la « réception desdits actes. »

A l'avenir, cette présence n'est plus exigée, sauf pour les donations et reconnaissances d'enfants naturels et pour les procurations pour consentir ces actes. En ce qui concerne de tels actes, l'ancienne règle est maintenue et renouvelée.

La loi du 24 juin 1843 présente un intéressant sujet de réflexion. On y voit le législateur, dont les prescriptions ont été méconnues par la pratique, capituler devant elle, sanctionner entièrement cette pratique pour le passé et s'y conformer pour l'avenir en n'exceptant qu'un certain nombre d'actes.

Il est vrai que les promoteurs de la loi, le garde des sceaux et le rapporteur, ont soutenu que la pratique avait sainement interprété la loi de ventôse, et que la jurisprudence avait mal jugé en condamnant cette pratique. D'après eux, la loi nouvelle ne serait, ce qui justifie son caractère de rétroactivité, qu'une loi interprétative, et, suivant l'expression du rapporteur, « la loi ancienne clairement expliquée [1] ». Mais, si l'on va au fond des choses, il est facile d'apercevoir qu'il n'en est pas ainsi. En premier lieu, le rapporteur reconnaît que les termes de la loi de ventôse sembleraient commander la présence effective de deux notaires ou d'un notaire et de deux témoins à la passation des actes [2]. Les termes de la loi de ventôse sont en effet si formels, que le doute ne paraît pas permis. Sans entrer dans une discussion approfondie, on peut remarquer que la distinction faite pour l'avenir, par la loi de 1843, entre les actes ordinaires et les donations ou reconnaissances d'enfants, suffirait à elle seule pour prouver qu'il ne s'agissait pas seulement là d'interpréter pure-

1. Rapport de M. Dupin (D., *rép.*, v° *obligation*, p. 59).
2. Id., *loc. cit.*

ment et simplement une législation préexistante. C'est au contraire une loi de circonstance, faite pour sauvegarder des intérêts d'ailleurs respectables, et venant donner raison après coup à une pratique contraire à la loi, pratique que la jurisprudence n'avait pas été assez hardie pour sanctionner.

§ 2

ADMINISTRATION.

L'administration a un mode double d'activité, deux séries d'organes : administration active, juridictions administratives. A ce double titre, elle a l'occasion d'exercer un pouvoir prétorien. Elle n'est pas, en fait, moins hardie à ce point de vue que ne le sont, dans d'autres cas, la pratique des officiers publics ou la jurisprudence des tribunaux.

Nous ne pouvons, sans élargir démesurément notre cadre, passer en revue le droit administratif, et rechercher tous les cas où la loi est étendue ou corrigée : nous ne prendrons qu'un seul exemple. Nous y verrons l'administration arriver, pour un résultat peut-être fort louable, mais par un procédé certainement irrégulier en théorie pure, à faire prévaloir ce qu'elle croit juste sur les dispositions de la loi telles qu'elles sont comprises par la jurisprudence ordinaire. Cet exemple est relatif au régime des eaux.

D'après le texte des articles 641 et 642 du Code civil, la doctrine constante des interprètes du droit civil et la jurisprudence de l'autorité judiciaire, le propriétaire du fonds sur lequel naît une source a sur cette source un droit absolu : il « peut en user à sa volonté, » sous la

seule condition de n'imposer à aucun des fonds inférieurs une servitude non consentie, ou qui ne dérive pas de la situation naturelle des lieux ; il peut donner à tout ou partie des eaux provenant de cette source telle direction et telle destination qu'il juge convenables, sans se préoccuper des avantages, peut-être considérables, qu'il retire ainsi à des tiers. Quant au propriétaire du fonds inférieur, il a l'obligation, mais non le droit, de recevoir lesdites eaux. Le droit n'existe pour lui que lorsqu'il y a titre ou prescription ; et, comme on ne prescrit que lorsque l'on contredit le droit d'autrui, la prescription ne commence à son profit que du jour où il a effectué une emprise sur le fonds supérieur, c'est-à-dire, suivant les termes de l'article 642, « fait et « terminé des ouvrages apparents destinés à faciliter la « chute et le cours de l'eau dans sa propriété ».

Ces principes ne se discutent plus aujourd'hui, en tant qu'il s'agit de rapports entre particuliers, de conflits d'intérêts entre propriétaires voisins ; mais en est-il de même à l'égard des dérivations effectuées dans des proportions beaucoup plus larges, dans un intérêt public, pour l'exécution de grands travaux hydrauliques ? Afin d'assurer le fonctionnement du service d'eau indispensable à sa nombreuse population, une ville s'est rendue acquéreur d'une source importante, donnant naissance à une véritable rivière ; elle en capte toutes les eaux, et, au moyen d'une canalisation spéciale, elle les dirige dans ses réservoirs pour les distribuer ensuite dans toutes ses rues. Les industriels de la vallée, privés de la force motrice qui actionnait leurs usines, pourront-ils lui demander des indemnités représentatives du grave préjudice qui leur est causé ? Nous éliminons, bien entendu, le cas où, comme pour la dérivation des sources de l'Avre, effectuée dans l'intérêt de la ville de

Paris, le législateur, prenant en main la cause des riverains, a stipulé lui-même le principe et déterminé les bases des indemnités : une loi spéciale peut toujours déroger à la loi générale. Mais, une pareille intervention du législateur ne pouvant être évidemment que très exceptionnelle, les particuliers lésés ne seront-ils pas fondés, dans les autres cas, à s'adresser à la justice pour obtenir satisfaction ? Les auteurs et la jurisprudence, ne pensant pas qu'il soit possible de distinguer là où la loi ne distingue pas, sont d'accord pour maintenir l'application absolue de l'article 641 : *le propriétaire de la source peut en user à sa volonté,* sans qu'on ait à se préoccuper de l'importance et des causes de la dérivation. Ce principe a été formulé dans les termes les plus catégoriques par la Cour de cassation dans un arrêt du 8 février 1858, cassant un arrêt de la Cour de Rouen [1].

Cette doctrine n'a été admise ni par l'administration ni par les tribunaux administratifs. L'un des interprètes les plus autorisés de la jurisprudence administrative, M. Aucoc, n'hésite pas à enseigner qu'elle est, non seulement contraire à l'équité, — puisqu'elle aboutit à consommer sans aucune compensation la ruine d'intérêts très importants, — mais qu'elle constitue en outre une *erreur de droit,* le législateur du Code civil n'ayant entendu s'occuper que des rapports *ordinaires* entre propriétaires intéressés à la jouissance des eaux provenant d'une source. Il n'indique pas toutefois d'une façon précise quelle est la base légale qui peut servir à déterminer les cas où l'article 641 cesse d'être applicable.

Il semble, au premier abord, que cette opposition de doctrine, si formelle qu'elle soit, ait dû rester pure-

1. Dalloz, 1858, 1, 68.

ment platonique. En effet, il s'agit d'une question de propriété qui est de la compétence exclusive de l'autorité judiciaire. Les particuliers lésés ne sauraient échapper à la juridiction civile en saisissant de leurs réclamations les conseils de préfecture, auxquels l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII attribue la compétence pour statuer en matière de dommages causés par l'exécution de travaux publics. On sait qu'en pareil cas, l'indemnité n'est due qu'autant qu'elle est réclamée en vertu *d'un droit*, et non lorsque les auteurs du dommage sont fondés à dire : *feci, sed jure feci.* La question préjudicielle de propriété se posera donc d'elle-même, et elle devra être nécessairement renvoyée devant la juridiction civile, qui a seule qualité pour en connaître et dont l'opinion est si nettement arrêtée.

L'autorité administrative ne s'est pas résignée cependant à accepter ce résultat ; et, en combinant ses efforts, sous sa double forme d'administration active et de juridiction contentieuse, elle est parvenue à se saisir de la question, pour la résoudre dans le sens de ses préférences et de ses convictions. Pour faire une adduction d'eau nécessitant le passage d'une conduite spéciale sous le sol d'un certain nombre de propriétés privées, une ville a besoin, dans la très grande majorité des cas, de recourir aux formalités de l'expropriation, à défaut d'une entente amiable,difficile à obtenir sur toute l'étendue du parcours et qui, dans tous les cas, ne peut être obtenue qu'à l'aide de compensations offertes aux riverains: un décret déclaratif d'utilité publique est donc nécessaire ; et, précisément, *l'administration ne le délivre qu'après l'engagement pris par la commune d'accorder aux usiniers ou aux intéressés des indemdités à régler comme en matière de travaux publics.* Si, grâce aux droits de propriété ou de servitude dont

elle est préalablement pourvue, la commune croit pouvoir se dispenser d'obtenir un décret d'utilité publique, l'administration supérieure parvient néanmoins à lui imposer le même engagement, comme condition *sine qua non* de l'approbation de son projet technique. Et c'est ainsi qu'aujourd'hui, toutes les villes qui exécutent des travaux d'adduction d'eau ont à payer aux industriels, ou autres particuliers lésés par la dérivation, des indemnités qui, en cas de contestation, sont fixées en premier ressort par le conseil de préfecture et, en appel, par le Conseil d'État.

En résumé :

1° L'autorité administrative s'est attribué la connaissance d'une question d'ordre civil ;

2° Elle la résout dans un sens absolument opposé à celui qui est adopté par la juridiction légalement compétente ;

3° Elle obtient ce double résultat au moyen du procédé connu sous le nom de *détournement de pouvoir*, et souvent réprimé, en d'autres matières, par le Conseil d'État lui-même. Il y a détournement de pouvoir lorsqu'une autorité se sert d'un droit quelconque, qui lui appartient en principe, dans un but autre que celui pour lequel ce droit lui a été conféré par la loi. Or, lorsque, comme condition de l'obtention d'un décret et d'une approbation administrative, le pouvoir exécutif impose préalablement à une ville des engagement qui peuvent être équitables mais aussi fort onéreux, il n'agit pas en réalité comme représentant de l'intérêt public, ni comme tuteur des communes : son action se produit plutôt, dans ce cas, dans un sens tout opposé à l'esprit d'une tutelle ;

4° Enfin la matière qui nous occupe donne lieu à une dernière constatation, qui ne nous semble pas la

moins digne de remarque : c'est l'autorité administrative qui, jugeant insuffisante la protection accordée aux intérêts privés par le pouvoir judiciaire, — auquel cependant ils sont plus spécialement confiés, — les prend en main et les défend elle-même contre les collectivités communales.

Placée en face d'une solution qui lui a paru commandée par l'équité, cette autorité, comme l'ancien préteur, a usé d'un moyen indirect pour la faire prévaloir pratiquement [1].

Par ce coup d'œil jeté sur les agissements de la pratique extrajudiciaire, on constate que si la jurispru-

1. Le *moyen indirect*, employé pendant un certain temps, est lui-même devenu inutile. Par un arrêt du 5 mai 1893 (D. P., 1894, 3e partie, p. 49), le Conseil d'État a décidé que, dans le cas même où une commune a pu acquérir à l'amiable tant la source que les terrains nécessaires pour l'exécution des travaux d'adduction, « c'est au « conseil de préfecture qu'il appartient d'apprécier si l'exécution des « travaux, en rentrant dans l'exercice *normal* du droit conféré par « l'article 641 du Code civil, ne peut donner lieu à indemnité, *ou si, « au contraire, ces travaux sont, à raison de leur objet et de leur « importance, au nombre de ceux dont l'exécution donne, en vertu « de l'article 4 de la loi du 28 pluviôse an VIII, ouverture à une « action en dommages de la part des particuliers. . . .* »

Ainsi donc, il n'est plus nécessaire de demander aux communes un engagement préalable.

La juridiction administrative s'est emparée de la compétence sur une question de droit civil, et elle l'a résolue dans le sens de sa conviction ancienne. Le détournement de pouvoir ou de compétence a été consommé, d'autorité, par le Conseil d'État.

Cette jurisprudence paraît désormais définitivement acceptée par les tribunaux administratifs, et il vient d'en être fait application par le conseil de préfecture du Calvados, dans deux arrêts intéressants les villes de Honfleur et de Trouville.

dence interprète parfois la loi avec des velléités de l'étendre ou de la corriger dans un sens équitable, elle n'est point la seule à le faire. Souvent même, et c'est d'ailleurs son rôle, elle est plus prudente que la pratique ne serait tentée de l'être, et lui sert de frein. On peut ainsi se convaincre qu'en usant de son pouvoir prétorien, elle ne céde pas à des tendances condamnables d'immixtion dans la puissance législative, mais qu'elle obéit au contraire à des nécessités impérieuses et générales.

CONCLUSION

Nous sommes arrivé au terme de notre travail. Est-ce à dire que nous avons saisi, sur tous les points où elle s'exerce, l'action prétorienne de la jurisprudence, examiné tous les cas où les juges ont fait, dans une mesure quelconque, œuvre de législateur? Non, bien évidemment. Une telle revue, pour être complète, eût nécessité l'étude approfondie de toutes les matières de chaque branche du droit. Dans chacune d'elles peut-être, on peut surprendre cette action; il est des points où elle a cependant trouvé peu d'aliment, où elle est peu apparente,et contestable. Nous avons seulement cherché à établir qu'elle existe, et nous avons, dans ce but, choisi quelques exemples où elle apparaît plus frappante.

Notre tâche est-elle remplie? Avons-nous été dupe d'une illusion, ou, au contraire, de l'étude des matières qui précèdent peut-on tirer cette conséquence que la jurisprudence exerce, à côté de son pouvoir régulier et mécanique d'application de la loi, un certain pouvoir d'évolution, pouvoir difficile à définir et quelque peu intangible ?

Les conclusions générales qui se dégagent des cas particuliers qui ont été étudiés permettent, à ce qu'il semble, de trancher la question dans ce dernier sens.

En premier lieu, nous avons vu qu'il y a, sur bien des points, opposition entre la doctrine et la jurispru-

dence. Souvent, elles forment deux camps bien distincts, dans lesquels se rangent d'un côté tous les auteurs, et de l'autre tous les tribunaux. Comment expliquer cette séparation si nette, comment expliquer que, sur certains points, pas un auteur n'approuve des décisions judiciaires qui, de leur côté, se succèdent en reproduisant unanimement la même théorie ? Il faut bien l'admettre : cela provient de ce que la doctrine et la jurisprudence n'ont pas les mêmes éléments d'appréciation. La doctrine suit d'une façon inflexible les déductions de la logique, se bornant à souhaiter, si une solution qui s'impose lui paraît mauvaise, que le législateur la modifie. La jurisprudence vit moins haut que les spéculations de la théorie ; elle se trouve aux prises avec la pratique, et il est difficile de soutenir que cet élément soit sans influence sur ses décisions. Souvent, elle n'a pas la patience d'attendre une réforme législative qui pourrait, si l'on s'en rapporte à l'expérience, tarder à venir. Plûtôt que de consacrer ce qui lui paraît une iniquité, elle succombe parfois à la tentation de tourner la loi.

Il existe donc, sur certains points, une *jurisprudence* opposée à la doctrine ; et la doctrine reconnaît, par cela même qu'elle le déplore, l'existence de cette interprétation extralégale : n'est-il pas fréquent de lire dans les ouvrages de droit une phrase dans le genre de celle-ci : « sur ce point les juges ont fait la loi ; le législateur avait seul le droit de la faire » ?

En second lieu, sur bien des points, nous avons vu que, la législation restant la même, la jurisprudence a varié. Ces variations ne sont pas dues au hasard ; on peut en saisir la loi : elles suivent les époques, les idées. Il faut donc bien reconnaître que la jurisprudence se laisse parfois influencer par d'autres considérations que

la recherche purement scientifique de la pensée du législateur.

Enfin, en étudiant certains cas particuliers, nous avons vu que, très souvent, les motifs pratiques, les considérations d'utilité générale, sont invoqués par les jugements et arrêts pour motiver leurs décisions. Parfois, plusieurs voies sont cherchées pour arriver à un résultat que l'on veut à tout prix obtenir ; les essais de théorie se succèdent, et l'on voit ainsi que celle qui reste, comme celles qui sont abandonnées, n'ont d'autre raison d'être que le but cherché et atteint. Et, comme la théorie n'a été imaginée qu'en vue de ce résultat, on laisse de côté bien souvent les autres conséquences qui sembleraient logiquement devoir en découler.

Ainsi, et en résumé, par les exemples qui ont été étudiés dans le cours de ce travail, nous voyons qu'il existe une jurisprudence distincte de l'interprétation strictement doctrinale ; que cette jurisprudence est variable et suit l'évolution des idées ; enfin, qu'elle met au premier plan les considérations d'utilité pratique.

C'en est assez pour démontrer l'existence en fait de ce rôle prétorien que nous avons attribué à la jurisprudence.

Mais il reste un certain nombre de questions à examiner :

1° Quels sont les procédés employés par la jurisprudence pour adopter et justifier une interprétation prétorienne ?

2° Quels sont les caractères et les tendances des interprétations jurisprudencielles ?

3° Le pouvoir prétorien dont use la jurisprudence est-il légitime dans l'état actuel du droit ?

4° Quelles sont les tendances de la législation relativement a ce pouvoir ? — Quel est son avenir ?

Première question. — Procédés employés.

Les procédés employés par la jurisprudence pour exercer son pouvoir prétorien diffèrent selon qu'elle exerce l'une ou l'autre de ses fonctions, *supplere* ou *corrigere*.

Quand il s'agit de la première de ces fonctions, qui est de combler une lacune de la loi, le procédé général employé est l'*analogie*. L'argument d'analogie consiste à résoudre un cas non prévu en appliquant les règles d'un cas voisin. Lorsque le cas non prévu aurait pu et dû l'être par le législateur, on peut dire que l'argument d'analogie est un moyen de pure interprétation et s'impose : on présume que la loi, en gardant le silence, a entendu se référer aux cas semblables. Tel est, par exemple, le délai de trois mois que la jurisprudence impartit pour faire inventaire à la femme qui invoque le bénéfice d'émolument, par analogie avec le délai imparti par la loi à l'héritier bénéficiaire. Dans cet exemple ou autres de même nature, le rôle prétorien, s'il existe, est au moins fort ténu.

Mais il en est tout autrement, et ce rôle apparait d'une façon certaine, si l'on applique par analogie des règles posées pour un cas à un autre cas que le législateur n'avait pas et ne pouvait pas avoir prévu : tel est l'exemple des assurances. Ici, bien certainement, l'emploi de l'argument d'analogie sort du rôle du simple interprète, puisqu'on ne peut invoquer un renvoi tacite de la loi.

Pour exercer la seconde de ses fonctions, qui est de *corrigere*, la jurisprudence emploie d'autres procédés. Les rechercher revient à énumérer les argu-

ments invoqués lorsque l'on veut échapper à un texte de la loi. Ces procédés sont au nombre de quatre principaux :

1° L'argument tiré de l'ancien droit. — Un argument de cette nature se trouve dans presque tous les systèmes que nous avons étudiés, où la jurisprudence fait prévaloir une théorie qui n'est pas celle du Code. Il offre en effet cette commodité que l'ancien droit, tant doctrinal que jurisprudentiel, présente une diversité telle, qu'on est à peu près sûr d'y trouver une décision en n'importe quel sens. Mais cette diversité même ôte leur valeur aux arguments tirés de l'ancien droit, puisque chaque décision y est combattue par autant de décisions en sens contraire.

2° Considérations d'intérêt général. — On a pu voir, dans tout le cours de cette étude, quelle place tiennent les motifs d'utilité, d'équité, d'intérêt général dans les solutions où apparaît le caractère prétorien. La considération des conséquences pratiques ne doit point être négligée, même lorsque l'on veut sincèrement rechercher la pensée du législateur : il est présumable, en effet, qu'il a voulu la solution dont les conséquences sont équitables plutôt que celle dont l'application est peu pratique ou injuste. Mais, dans bien des cas, sa pensée est si nettement exprimée qu'il faut bien reconnaître qu'il n'a pas prévu toutes les conséquences du principe qu'il pose, ou qu'il les a acceptées. Il ne faut pas oublier que les mœurs sont variables et que ce qui peut paraître inacceptable à l'interprète actuel pouvait paraître naturel et désirable au législateur d'il y a un siècle.

Mais, le principe même de l'interprétation prétorienne est de ne voir la loi que dans ses manifestations et ses applications. Lorsqu'elle répudie certaines consé-

quences d'un principe, elle repousse le principe en s'appuyant notamment sur les inconvénients mêmes que son application entrainerait.

Nous en avons vu de nombreux exemples. — Ce procédé est celui qui sépare le plus franchement l'interprétation prétorienne de l'interprétation pure; car des considérants de cette sorte ont plutôt leur place dans un exposé de motifs que dans des arrêts : c'est le procédé le plus hardi et le plus facilement attaquable; c'est aussi le plus franc et le plus sincère.

Mais ces deux procédés ne peuvent suffire dans une période où la loi est codifiée. L'ancien droit n'a plus force de loi sauf dans certains cas très exceptionnels. Les considérations d'intérêt général ne peuvent être invoquées que d'une façon accessoire sous une législation qui ne permet pas aux juges de se baser uniquement sur l'équité. Ils ne peuvent motiver une décision sur l'un ou l'autre de ces moyens ; le Code seul peut servir de base aux motifs d'un jugement. De là l'emploi des deux derniers procédés

3° Procédé. — Ce procédé peut être désigné sous le nom de *détournement de texte.* Il consiste, pour échapper aux prescriptions d'un texte topique et formel, à aller chercher la solution d'une question dans une phrase incidente d'un texte situé même en dehors du siège de la matière. Nous renverrons, pour en montrer un exemple, à l'argumentation théorique du système de Troplong sur la nature des reprises de la femme (p. 41 et suiv.).

4° Recherche de l'esprit du législateur. — Certes, cette recherche est, même en pure interprétation, absolument légitime. L'interprétation dite judaïque, qui s'attache servilement à la lettre de la loi, est évidemment un mode vicieux d'interprétation. Mais on aperçoit aisé-

ment qu'il y a là une large porte ouverte aux interprétations personnelles. En effet, ce principe incontestable qu'il faut avant tout rechercher l'esprit de la loi, peut être et a été poussé fort loin : ainsi poussé, il arrive à faire admettre que le législateur, si formelles que paraissent être ses prescriptions, n'a pas pu vouloir une chose absurde ou même simplement injuste. Et comme l'appréciation de ce qui est absurde et injuste varie avec les personnes, on arrive à faire dire à la loi ce qu'on veut.

Deuxième question. — CARACTÈRES DE L'INTERPRÉTATION JURISPRUDENTIELLE.

Est-il possible de trouver dans l'interprétation jurisprudentielle un esprit particulier qui la distingue de l'interprétation doctrinale? *A priori*, on peut répondre oui, puisque les décisions prétoriennes diffèrent précisément des solutions purement scientifiques par suite de certaines préoccupations d'ordre pratique. Tentons de déterminer par là les caractères des solutions du droit prétorien français.

Les raisons qui font parfois adopter aux magistrats une théorie que la déduction logique n'impose pas ou même contredit, sont de deux ordres: en premier lieu, ils envisagent le résultat pratique qu'aura leur décision; d'autre part, ce résultat leur semble admissible ou inadmissible, suivant les idées de l'époque. Nous tenons ainsi les caractères des solutions jurisprudentielles.

1° Caractère pratique et équitable des solutions prétoriennes. — La considération des résultats est à la fois le mobile et la justification des solutions de cette nature. Tout système dont les conséquences, encore

qu'ingénieusement déduites, seront ou d'une application difficile, ou peu équitables, sera répudié par la jurisprudence. De là résulte un caractère accessoire : le nombre plus restreint des questions et des systèmes. Dans la quantité parfois considérable des systèmes que fait naître sur un texte l'esprit fertile des auteurs, il en est toute une série que la jurisprudence a toujours ignorés. Ce sont ceux qui, pour ingénieux qu'ils soient, sont, dans leurs résultats, peu pratiques ou peu équitables.

Ainsi, l'interprétation jurisprudentielle apparaît en premier lieu comme moins scientifique, moins théorique que l'interprétation doctrinale, — en revanche, comme plus pratique et plus libérale. Ces caractères ont pu apparaître dans tous les exemples étudiés dans cette thèse ; dans tous, nous avons trouvé au fond de l'interprétation de la jurisprudence des raisons de nécessité pratique ou d'équité. — Le caractère plus libéral de ces interprétations apparaît notamment dans l'exemple suivant. Quelle est la situation légale des enfants nés hors mariage de personnes qui, à raison de la parenté ou de l'alliance, ne peuvent contracter mariage ensemble qu'en vertu de dispenses? Sont-ils ou non légitimés par le mariage subséquent de leurs parents, contracté après l'obtention des dispenses? La négative est généralement admise en doctrine, et la majorité des auteurs [1] soutient que cette légitimation est impossible. L'article 331 du Code civil paraît en effet bien formel : « Les enfants « nés hors mariage, *autres que ceux nés d'un commerce « incestueux ou adultérins,* pourront être légitimés par « le mariage subséquent de leurs père et mère..... »

1. V.: Merlin, Delvincourt, Proudhon, Demolombe, v. n° 352 et 355; — Valette, *Mélanges;* — Aubry et Rau, t. vi, § 546 et note 6; — Laurent, t. iv, n°s 175 et suiv.

Mais le système de la doctrine aboutit à ce résultat que l'enfant né avant le mariage dans ces conditions restera un bâtard au milieu de ses frères et sœurs légitimes. M. Valette écrit : « Cette différence dans la position des « enfants est un fait malheureux, mais c'est une consé- « quence de l'adultère et de l'inceste. La crainte de ce « résultat éloignera d'un commerce illicite. On ne se « bercera plus à l'avance d'un mariage réparateur. « Enfin, le public ne pourra croire que de honteuses « spéculations aient des chances de succès en matière « de dispense. Peut-être même le gouvernement refu- « sera-t-il l'autorisation dans le cas d'existence d'enfants « ou de grossesse de la femme. Et c'est ce qu'il y aura « de mieux à faire tant que durera le système des « dispenses, système de la bonté duquel je suis loin « d'être convaincu. »

La Cour de cassation et, d'une manière générale, la jurisprudence admettent, au contraire, malgré l'article 331, la légitimation des enfants incestueux par mariage subséquent. Elles ne se contentent pas de souhaiter la disparition de l'incapacité des articles 162 et 163. La jurisprudence repousse le système qui a pour conséquence de faire supporter aux enfants la faute de leurs parents, alors surtout qu'il s'agit d'une incapacité que la loi ne considère pas comme absolument d'ordre public, puisqu'elle disparaît devant l'obtention de dispenses, en fait presque toujours accordées [1].

Tel est le premier caractère des interprétations de la jurisprudence : la recherche de la solution équitable.

1. V. : Paris, 14 juin 1858 (Sir., 59, 2, 213) ; — Amiens, 14 janv. 1864 (Sir., 64, 2, 11) ; — Civ. 22 janv. 1867 (D., 67, 1, 1, — note de M. Beudant) ; — Aix, 22 août 1867 (Sir., 68, 2, 278) ; — Douai, 29 mars 1873 (Sir, 74, 1, 103) ; — Req., 27 janv. 1874 (Sir., 74, 1, 103).

Il faut y ajouter en général la simplicité, car la pratique est simpliste. Si l'on étudie les différents systèmes proposés sur une question controversée, il est le plus souvent facile de dire *a priori* lequel est celui de la jurisprudence : il offrira presque toujours le double caractère qui vient d'être signalé.

Deuxième caractère — Variabilité. — Une interprétation toute scientifique est fixe ; la loi restant la même, les prémisses du raisonnement étant demeurées, la conclusion en découle toujours la même. Il n'en est plus ainsi lorsque l'interprète, au lieu de déduire d'une façon rigoureuse, laisse, peut-être à son insu, son sentiment diriger son raisonnement. Une interprétation de ce genre aura donc nécessairement pour caractère la variabilité. Elle variera avec les différents esprits ; elle sera sensible aux tendances et aux idées d'une époque.

L'interprétation purement théorique ne se trouve d'ailleurs pas toujours, même dans la doctrine. Malgré son caractère scientifique et son éloignement des faits, la doctrine ne reste pas indifférente à la marche des idées; mais c'est évidemment surtout dans les interprétations jurisprudentielles que l'on trouve ce caractère de variabilité, variabilité suivant les différents esprits, variabilité avec l'évolution des idées. Est-il possible de penser que, dans une question telle, par exemple, que la validité du mariage des prêtres, les opinions religieuses de l'interprète ne pèseront pour rien dans sa décision [1] ?

1. Voici les motifs invoqués par Dalloz (sous l'arrêt de la Cour de cass. du 23 fév. 1847. D., 47, 1. 129) à l'appui de la solution négative de cette question; ils sont concluants à cet égard et véritablement curieux; « Ce n'est pas, dit-il, au seul point de vue du droit civil « que la question nous paraît devoir être sainement appréciée; elle est « plus grande qu'une théorie purement dogmatique; les arguments « doivent être choisis de plus haut : il s'agit du sort du Catholicisme

Au point de vue de l'évolution des idées, on voit une autre question, celle de la validité de l'adoption d'un enfant naturel par son père qui l'a reconnu, tranchée autrefois dans le sens de la négative, aujourd'hui dans celui de l'affirmative. Est-il possible de ne pas voir dans cette volte-face un changement dans les idées de la société, frappée de l'injustice qu'il y a à punir les enfants naturels d'une faute qui n'est pas la leur?

Tels sont les deux caractères qui nous paraissent signaler les décisions de la jurisprudence lorsqu'elle se sépare de la doctrine, Elles n'ont pas la même rigueur scientifique, mais elles sont généralement équitables et simplistes ; — elles sont plus sujettes à la diversité, mais moins immuables et plus propres à refléter l'évolution des idées.

« et peut-être d'une transformation de la société. Les innovations « en matière de culte ou de croyance religieuse s'introduisent avec « répugnance ; mais, dès qu'elles parviennent à se créer une issue, « le torrent est promptement grossi de toutes les mauvaises passions ; « il déborde sur les esprits faibles, et il finit par emporter les meilleurs « soutiens des plus saines doctrines. Les leçons de l'expérience « doivent-elles être si vite perdues ? Le spectacle qu'offrait une époque « séparée de nous par un siècle à peine ne doit-il laisser aucune trace « dans nos souvenirs ?... Il faut bien le reconnaître, le Catholicisme, « malgré ses abus et quelques tendances, qui sont d'ailleurs moins « redoutables aujourd'hui, constitue la base morale de notre société « moderne ; gardons-nous, moins que jamais, d'en affaiblir la consis- « tance. Le triomphe du système que nous combattons et que repousse « la Cour suprême, *d'accord en cela avec l'opinion la plus unanime* « *du clergé*, serait, si nous ne nous ne méprenons, un juste sujet de « regrets pour les honorables jurisconsultes et publicistes qui le « réclament, *trop préoccupés peut-être d'une abstraction juridique*, « *au détriment de la question spéciale et politique qu'engage celle* « *de l'immuabilité du sacerdoce.* »

Un tel mode de raisonnement de la part d'un *interprète* est véritablement assez contestable.

Troisième question. — Le pouvoir prétorien est-il légitime ?

Limitons bien la question. Il ne s'agit pas de savoir si l'on peut substituer la jurisprudence à la loi, faire litière du principe de la séparation des pouvoirs. Si l'on posait ainsi la question, il est évident que la réponse devrait être énergiquement négative. Le juge, s'érigeant en législateur, exercerait un pouvoir plein des plus grands dangers ; si cela était, les plaideurs d'aujourd'hui n'auraient plus qu'à dire comme ceux d'antan : « Dieu nous garde de l'équité des parlements ! » La séparation des pouvoirs est une garantie nécessaire, et y renoncer serait renoncer à l'une des conquêtes les plus précieuses de la Révolution.

Mais ce n'est pas ainsi que la question doit être posée. Le pouvoir de fait que nous avons reconnu à la jurisprudence, en l'exagérant peut-être dans certains cas, pour le faire mieux saisir, est renfermé, somme toute, dans des bornes assez étroites. Il se réduit à certaines simplifications dictées par des raisons pratiques, et à certaines extensions par voie d'analogie. On peut ajouter, en outre, qu'il est exercé pour la meilleure administration de la justice, et qu'il n'y a derrière ces pratiques aucune préoccupation politique, aucune tentative d'usurpation de puissance.

Réduit à ces limites, nous n'hésitons pas à répondre que le pouvoir prétorien de la jurisprudence est légitime. Il y a de cela une seule et bonne raison : il est absolument nécessaire. Il est nécessaire d'abord parce que le juge est un homme ; il ne peut, il ne doit point ne pas se préoccuper des conséquences de sa sentence.

Il ne peut être, comme dit un auteur, uniquement « un signe mathématique exprimant la relation de la « règle au cas particulier [1]. » Le juge vit, et voit devant lui vivre et s'agiter les intérêts; il est donc impossible d'exiger de lui cette indifférence et cette sérénité dont peut ne pas se départir le savant qui, en écrivant son traité, prévoit des hypothèses purement théoriques. Et pourtant la doctrine elle-même, représentée souvent par des hommes qui, grâce à leur profession, celle d'avocat par exemple, sont mêlés à la pratique, ne reste pas, avec raison, indifférente aux conséquences de fait de ses solutions.

L'interprète, surtout quand son interprétation a une conséquence pratique directe, ne peut donc pas ne point songer à cette conséquence. De plus, le rôle prétorien, qui n'est ici qu'une nécessité morale, devient, dans tout un ordre de cas, une nécessité presque matérielle; nous voulons parler de tous les cas rentrant dans la fonction de *suppléer*. Lorsque la loi est muette sur une matière de création postérieure à elle, et qu'elle n'avait par conséquent pas pu prévoir, les juges pourtant ne peuvent se retrancher derrière ce silence et refuser de trancher un différend. L'article 4 du Code civil leur défend, sous peine de se rendre coupables de déni de justice, de refuser de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi. En présence de cette insuffisance, il faudra, de toute nécessité, avoir recours aux principes généraux et à l'équité.

Le pouvoir prétorien trouve donc sa justification dans la nécessité. Cette nécessité doit en même temps en déterminer les limites; ce qui précède entraîne une distinction à cet égard, suivant qu'il s'agira de l'une ou

1. Fusier-Herman, *Séparation des pouvoirs*, chap. xvii, p. 297.

de l'autre des deux fonctions de la jurisprudence, *supplere* ou *corrigere*.

Pour ce qui est de combler les lacunes de la loi, on conçoit qu'il faut se montrer assez large. On se heurte en effet à une nécessité impérieuse : les juges doivent trancher le litige en se basant sur ce qui leur semble juste ; ils motiveront leur décision sur des considérations d'équité et, au moyen d'analogies plus ou moins forcées, sur les textes de loi offrant quelque rapport avec la question.

Quand il s'agit au contraire de réformer la loi, d'éluder une des conséquences de ses dispositions, parce que l'on trouve cette conséquence peu équitable, on comprend qu'il faut être bien plus réservé. Il y aurait même de bonnes raisons de soutenir que ce rôle n'est jamais permis à la jurisprudence ; dans un grand nombre de questions la doctrine, en effet, reproche à la jurisprudence d'avoir refait la loi, alors que le législateur avait seul le droit de le faire : il est possible que dans certains cas ce reproche frappe juste.

Il est évident, d'ailleurs, que le pouvoir prétorien peut être et a été parfois maladroitement manié : nous avons assisté à des tentatives d'interprétation jurisprudentielle qui n'ont pu réussir, parce que ces interprétations partaient d'idées fausses. D'autres, qui se sont établies, sont basées sur des considérations et des tendances que l'on peut contester : de ce que, dans certaines hypothèses on a pu user à faux de ce pouvoir, il ne s'ensuit pas que ce pouvoir ne soit pas légitime.

A condition, bien entendu, que la jurisprudence agisse avec une extrême prudence et une très grande discrétion, il paraît difficile de la condamner lorsqu'elle se refuse à consacrer une iniquité qu'entraînerait une

application trop stricte des textes. N'est-elle pas fondée à répondre : *summum jus, summa injuria ?*

Quatrième question. — Tendances de la législation.

La latitude laissée à la jurisprudence dans l'exercice de son rôle prétorien dépend, dans une large mesure, des lois elles-mêmes.

Dans une certaine période du droit, ce rôle est avoué, nécessaire et considérable ; cette importance lui est acquise par la pénurie de la législation. Avec la codification, il se trouve extrêmement réduit. Mais la loi elle-même peut, non plus par impuissance, mais par sa propre volonté, lui laisser un champ plus ou moins vaste. Le mouvement de codification qui a abouti au Code civil est empreint de méfiance contre toute latitude laissée à la magistrature : on craignait des abus dans un sens politique. Le Code essaye de réduire au strict minimum le pouvoir prétorien de la jurisprudence. Les formules larges, qui, comme dans la matière des référés, laissent au juge un domaine vaste et extensible, sont rares.

Nous avons entrepris de démontrer que, même sous une telle législation, ce rôle parvenait à s'exercer quand même et qu'il filtre à travers les textes. Quelles sont, à son égard, les tendances actuelles de la législation ? Visent-elles à maintenir les prohibitions du Code, ou, au contraire, à laisser quelque peu le champ libre au développement de ce pouvoir ? On n'a plus actuellement les préoccupations qui hantaient l'esprit du législateur de 1804 ; on croit pouvoir sans danger laisser une plus large initiative au juge du fait ; on semble surtout avoir

reconnu les inconvénients (dont le moindre est d'être inapplicables) des systèmes trop absolus. Les lois récentes paraissent manifester une tendance vers une extension des pouvoirs du juge.

Un coup d'œil jeté sur l'histoire des pénalités depuis la révolution fournit à cet égard une donnée intéressante.

Dans l'ancien droit français, la peine est laissée à l'arbitraire du juge. Les abus engendrés par ce système ou mieux par cette absence de système étaient criants. La révolution réagit, et, comme il arrive dans toute réaction, elle tomba dans l'excès opposé. Le code pénal des 25 septembre-6 octobre 1791 établit des peines ; mais il en fixe le taux d'une façon invariable, sans maximum ni minimum ; le juge n'a absolument aucune liberté pour se mouvoir ; il n'est que l'agent qui constate un fait, et la conséquence s'applique d'elle-même, sans qu'il ait l'ombre d'un pouvoir d'appréciation. Ce système était l'iniquité même, et ne pouvait durer. Pourtant le code des délits et des peines, du 3 brumaire an IV, le consacre encore.

Le Code pénal de 1810 constitue à cet égard le premier progrès, en édictant pour chaque pénalité un maximum et un minimum, souvent assez éloignés l'un de l'autre, ce qui permet au juge de se mouvoir dans des limites très larges, et même lui donne le choix entre l'emprisonnement et l'amende.

La loi de 1832, sur les circonstances atténuantes, fait un grand pas en avant. Le juge peut, en les admettant, descendre d'un ou de deux degrés dans l'échelle des peines ; sa liberté d'action devient par là extrêmement grande.

Enfin, la loi du 26 mars 1891, dite loi Bérenger, lui permet, lorsqu'il s'agit d'une première infraction, de suspendre l'exécution de la peine durant un délai de

cinq années qui, s'il s'écoule sans condamnation, procure une réhabilitation de plein droit. L'application de cette loi, facultative pour le juge, vient encore augmenter la latitude énorme dans laquelle il se meut.

En fait, cette latitude est véritablement immense en matière pénale, et les magistrats ont de ce chef un rôle très élevé à remplir, une responsabilité très grande à assumer. Prenons, par exemple, le cas d'un vol qualifié, d'un vol avec violence, l'agent n'ayant jamais été condamné. Cette infraction constitue un crime justiciable de la cour d'assises. Mettons tout au pire. Le jury condamne, sans circonstances atténuantes ; la cour applique le maximum : la peine sera vingt ans de travaux forcés.

Mais la violence est légère, le vol peu important, les renseignements fournis sur le voleur sont excellents : l'affaire sera correctionnalisée. Le tribunal, en accordant les circonstances atténuantes, *pourra* condamner le coupable à seize francs d'amende, en déclarant que ces seize francs ne seront pas payés si un nouveau délit n'est pas commis durant un délai de cinq ans.

Il est rare peut-être dans la pratique de voir de tels écarts dans la répression des faits de même nature ; mais, ce qui est certain, c'est que deux infractions, *qualifiées de même par le Code*, pourront être punies, l'une de vingt ans de travaux forcés, l'autre de seize francs d'amende qui ne seront pas payés. Nous sommes loin des peines fixes des codes de 1791 et de l'an IV !

Une liberté presque entière est donc rendue en matière pénale aux juges, et la peine, limitée par en haut, ne l'est pour ainsi dire pas par en bas.

Il n'est peut-être pas téméraire d'induire de tels indices que le législateur, n'ayant plus la défiance du juge qui caractérise le législateur du début de ce siècle,

laissera, sur bien des points, une grande latitude à son équité. Peut être les lois de l'avenir seront-elles beaucoup plus courtes et à la fois beaucoup plus complètes que les Codes actuels, parce qu'elles seront faites de formules générales. Si minutieux que soit un code, il ne peut prévoir l'infinie multiplicité des faits juridiques. Les formules générales peuvent seules les embrasser ; car, ainsi que l'a dit d'Alembert, les progrès d'une science se mesurent à la réduction du nombre de ses principes. Mais cette forme supérieure de la codification n'est pas encore sur le point de se produire.

Il est possible toutefois que les tendances de la législation se trouvent tout à coup renversées et qu'une nouvelle codification vienne, pour un certain temps, rendre inutile l'action de la coutume. Nous avons dit dans nos prolégomènes que l'ascension vers la codification n'était point continue, mais se faisait par degrés. Il se produit des retours, des périodes où la coutume a plus de force.

La codification est un véritable bienfait pratique : elle met l'unité où il y avait la diversité, la certitude où se trouvait le cahos. Pour la science elle-même, elle est utile : elle marque une étape, fixe et rend définitifs les progrès acquis. Mais elle marque aussi un temps d'arrêt : après une codification à la fois générale et précise, il s'écoule nécessairement un certain laps de temps durant lequel on vit sur cette codification. Mais, pendant ce temps, la vie juridique ne s'arrête pas ; il naît des rapports de droit nouveaux, et l'évolution des mœurs suit

sa marche. Pour ce domaine nouveau, le droit redevient coutumier.

Nous sommes, à ce qu'il semble, dans une de ces périodes. Le Code civil date d'un siècle. Il est inspiré sur bien des points par des idées bien inexactes aujourd'hui, comme celle de la prééminence des immeubles sur la fortune mobilière. Il est bien incomplet, gardant le silence, par exemple, sur le contrat d'assurance. Un grand nombre de pays ont déjà remplacé le leur, copié autrefois sur le nôtre. Des lois spéciales sont venues à la vérité régler certains points ; mais, à cause de leur caractère de spécialité, elles laissent subsister d'immenses lacunes, et surtout ne répondent à aucune vue d'ensemble. Telles sont les raisons qui expliquent l'étendue, relativement très considérable, du rôle prétorien de la jurisprudence. Jusqu'à ce qu'une nouvelle codification, consacrant les progrès acquis, vienne pour ainsi dire solidifier les règles ambiantes, le pouvoir prétorien trouvera sa justification dans sa nécessité. « Dans un pays, écrit M. Glasson, où l'usage ne peut pas abroger ni même modifier la loi, il est utile et juste que les tribunaux aient, sous forme d'interprétation, le moyen d'assouplir la loi et de la mettre toujours au niveau des besoins du temps [1]. »

Armé de ce pouvoir, dont l'exercice, on peut bien le dire, s'impose à lui, ayant à sa disposition les procédés que nous avons vus, que doit faire le juge ? Il doit user de la plus scrupuleuse prudence, n'agir pour

1. Glasson, note dans D., 91, 1, 500.

ainsi dire que contraint et forcé. Ce ne serait pas assez de dire qu'il ne doit user de son pouvoir prétorien que dans un but d'*équité :* il ne peut le faire que pour éviter une *iniquité* flagrante.

Est-ce à dire que, même manié dans les meilleures intentions, avec intelligence et avec la plus grande prudence, ce pouvoir soit sans inconvénients ? Évidemment non. Ces inconvénients ne sont nullement d'ordre politique ; les corps judiciaires actuels n'ont aucunement la tendance et n'auraient pas le pouvoir de faire, à l'instar des Parlements, des incursions dans le domaine politique. Les inconvénients existent à un point de vue beaucoup plus étroit. La loi jurisprudentielle, variant avec les juges et avec les temps, offre un caractère d'incertitude évidemment regrettable et préjudiciable aux intérêts privés ; mais il ne faut pas oublier que le pouvoir prétorien n'est qu'un expédient pour pallier l'injustice ou l'insuffisance de la loi. C'est donc au pouvoir législatif que le reproche pourrait à bon droit s'adresser lorsqu'il laisse subsister une iniquité ou une lacune, et met une trop longue négligence à corriger ou à parfaire la loi. S'il ne fait pas son devoir, on ne peut reprocher à la jurisprudence de tenter dans la mesure de ses moyens de le faire à sa place.

APPENDICE

Législations étrangères

Nous envisagerons, dans ce chapitre, les législations étrangères, non pas en ce qui concerne chacune des matières étudiées, elles ont été indiquées sous ces matières chaque fois qu'elles présentaient un intérêt au point de vue qui domine ce travail, par exemple lorsqu'elles sanctionnent une théorie qui, chez nous, est l'œuvre de la jurisprudence [1]. Nous étudierons ici les principales au point de vue général du rôle de la coutume et des pouvoirs de la jurisprudence.

Monarchies absolues. — (Russie et Turquie).

Les monarchies absolues sont par définition exclusives de toute séparation des pouvoirs. Malgré la réorganisation judiciaire de 1864 pour la Russie et la constitution de 1876 pour la Turquie, le souverain reste dans ces deux pays le maître de tous les pouvoirs, et il ne saurait y être question de ces points de contact délicats

1. V. p. ex. la loi belge, qui consacre la persistance de la personnalité des sociétés après leur dissolution, et la législation comparée sur la même matière, p. 147, note 5.

entre les pouvoirs qu'on peut saisir dans les pays constitutionnels.

Pays constitutionnels du continent.

Les diverses constitutions qui régissent ces pays du continent sont basées sur le principe plus ou moins absolu de la séparation des pouvoirs. D'autre part, ces pays ont un code ou une législation écrite.

Au premier point de vue, et en ce qui concerne spécialement le pouvoir judiciaire, ses attributions sont sensiblement les mêmes qu'en France; on trouve seulement quelques différences de détail relatives aux matières administratives.

En Belgique, le contentieux administratif est de la compétence des tribunaux ordinaires; il n'y a donc pas de tribunaux administratifs. Les réclamations sur les contributions et taxes assimilées et sur les opérations électorales sont seules soumises à un régime spécial : elles sont examinées par une députation du conseil provincial.

En Hollande, le roi tranche les conflits entre le pouvoir judiciaire et l'administration.

En Suède, le roi siège au tribunal suprême, où il a deux voix.

La constitution danoise et la constitution grecque laissent aux tribunaux ordinaires la connaissance du contentieux administratif.

En Italie, malgré les termes absolus de la loi du 20 mars 1865, qui prononce « l'abolition des tribunaux « spéciaux actuellement investis de la juridiction du « contentieux administratif, tant en matière civile qu'en « matière pénale », les tribunaux ordinaires sont loin

de connaître de tout le contentieux administratif. Notamment, la cour des comptes et le conseil d'État gardent leur compétence en matière de comptabilité ; mais tout ce qui est contravention est de la juridiction des tribunaux civils. La Cour de cassation est le juge des conflits d'attribution.

Espagne. — Le décret du 20 janvier 1875 enlève la connaissance des matières administratives aux tribunaux ordinaires, à qui le décret du 13 octobre 1868 l'avait attribuée.

Autriche-Hongrie. — L'administration ne rend, entre les particuliers, que les actes de juridiction gracieuse ; toute action contentieuse est portée devant les tribunaux ordinaires. La « cour de justice administrative » peut annuler les actes administratifs pour excès de pouvoir. Il existe une commission composée pour moitié de membres de cette cour, et pour moitié, de membres du tribunal d'empire, commission analogue à notre tribunal des conflits.

Quant à la Hongrie, son organisation judiciaire, où entrent des tribunaux électifs, est extrêmement compliquée.

Allemagne. — L'organisation judiciaire a été unifiée par la loi du 27 janvier 1877 pour tout l'empire ; le tribunal fédéral est à la tête de cet organisme. Les juridictions d'exception sont abolies en principe ; mais chaque état garde sa liberté au point de vue du contentieux administratif. La « garantie administrative » existe pour tout l'empire. Les conflits d'attribution relèvent d'un tribunal mixte.

En Prusse, il existe des tribunaux administratifs organisés en 1872 et par la loi du 26 juillet 1870.

Suisse. — Le tribunal fédéral domine l'organisation judiciaire de la Suisse.

Les détails d'organisation varient avec les cantons. L'élection des juges fonctionne dans ce pays.

Tous ces pays ont une législation écrite. Un grand nombre, comme l'Italie, l'Allemagne et la Belgique, avaient, à la base de cette législation, le Code français ; plusieurs l'ont remplacé par un code plus en rapport avec les idées modernes et les besoins juridiques nouveaux. La Belgigue seule l'a conservé, en y ajoutant, comme on l'a fait en France, des lois isolées.

Le pouvoir prétorien de la jurisprudence étant un pouvoir de fait, il est certain qu'à l'étranger, comme en France, il doit s'exercer et venir combler les lacunes de la législation ou réformer ses injustices. On comprend toutefois que plus cette législation est surannée, plus ce pouvoir s'impose et plus il est légitime. Mais, dans les pays constitutionnels du continent munis d'une législation écrite, le rôle de la jurisprudence est de même nature qu'en France ; c'est une simple question de plus ou de moins.

Deux états méritent, au contraire, et par des motifs différents, d'attirer plus spécialement l'attention.

États-Unis d'Amérique.

Le principe de la séparation des pouvoirs est, à certains égards, plus absolu aux États-Unis qu'en France. La constitution des États-Unis se rapproche énormément des constitutions révolutionnaires. C'est ainsi que ni le président ni les ministres n'ont l'initiative des lois, ni l'entrée ni la parole au congrès. Le président a toutefois le droit de *veto*.

Mais, en ce qui concerne le pouvoir judiciaire, il faut noter une de ses attributions très remarquable.

L'autorité judiciaire a le droit de juger si la loi est conforme à la constitution. Ce droit ne lui a pas été conféré formellement ; mais elle se l'est arrogé en se basant sur le principe que la constitution oblige le législateur comme le magistrat. Et, comme il n'y a pas en Amérique l'idée de défiance contre le pouvoir judiciaire qui a présidé en France à la délimitation des attributions de ce pouvoir, tout le monde, y compris le législateur, a accepté cet état de choses [1].

La cour suprême, qui exerce le pouvoir de vérifier la constitutionnalité des lois, ne le fait pas au moyen d'actes généraux d'annulation ; dans chaque espèce, elle se refuse à appliquer la loi quand cette loi est contraire à la constitution.

Les États-Unis offrent seuls cette institution : dans ce pays, la souveraineté du peuple est à la base de tous les pouvoirs. « En Amérique, dit Tocqueville, le prin-« cipe de la souveraineté du peuple n'est point caché et « stérile comme chez certaines nations; il est reconnu « par les mœurs, proclamé par les lois; il s'étend avec « la liberté, et atteint sans obstacle ses dernières consé-« quences [2]. » En face de ce souverain absolu, l'autorité judiciaire joue un rôle de modérateur, analogue à celui que jouaient sous notre monarchie absolue nos anciens Parlements. — « La liberté ne consiste pas dans la « substitution d'un tyran à un autre, mais dans la des-« truction de la tyrannie [3]. »

Notons, pour terminer, qu'aux États-Unis la garantie administrative n'existe pas.

Les membres des cours fédérales sont nommés par

1. V. Tocqueville, *Rapport sur Sedgwick.*
2. *Démocratie en Amérique*, t. I, ch. IV.
3 Saint-Girons, *Séparation des pouvoirs*, p. 559.

le président; l'élection des juges fonctionne pour les tribunaux des États.

L'Angleterre mérite une étude toute spéciale.

Angleterre.

C'est la constitution anglaise qui a servi de type à Montesquieu; c'est elle qui a été plus ou moins adroitement copiée par les constitutions modernes. Pourtant, alors qu'à l'époque de Montesquieu, l'Angleterre offrait le seul exemple d'une constitution reposant sur le principe de la séparation des pouvoirs, ce principe se trouve appliqué aujourd'hui avec moins de rigueur par la constitution anglaise que dans nombre de constitutions qui ont été plus loin que leur modèle.

L'Angleterre nous offre un double objet de remarques, d'abord en ce qui regarde la séparation des pouvoirs en général, et ensuite en ce qui concerne spécialement notre sujet, les attributions du pouvoir judiciaire.

Au point de vue général, les délimitations des pouvoirs législatif et exécutif sont sur certains points peu précises. Le pouvoir exécutif a, outre le droit d'initiative, le droit de *veto* et le droit de dissolution de la Chambre des communes, le droit vraiment exorbitant de nommer les pairs sans limitation de nombre [1]. D'autre part, le parlement exerce une action plus puissante peut-être que partout ailleurs sur le pouvoir

1. Les *fournées de pairs* nommés pour obtenir un vote désiré par le pouvoir n'ont été faites en réalité que deux fois, en 1712 et en 1832. — V., sur ces deux points, Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 119 et 120, et Fuzier-Herman, *Séparation des pouvoirs*, p. 518.

exécutif par une large pratique du principe de la responsabilité ministérielle. Il a en outre une foule d'attributions de détail qui ressortissent logiquement au pouvoir exécutif.

En ce qui concerne les attributions du pouvoir judiciaire, nous indiquerons ce qu'elles offrent de particulier sous deux divisions.

A. *Points qui résultent de la constitution.* — Au premier point de vue, trois particularités sont à noter :

1° Le pouvoir judiciaire, représenté d'abord par la cour des plaids communs et aujourd'hui par un tribunal composé de juges pris dans les trois chambres de la haute cour, est, depuis 1868, compétent pour la vérification des pouvoirs en matière électorale [1]. Ces attributions existent aujourd'hui même pour les élections municipales [2].

2° Il n'existe pas en Angleterre de juridictions administratives. Le juge de droit commun a, en principe, une compétence générale pour rendre justice à un particulier dont le droit a été lésé [3].

Les juges de paix ont même des fonctions administratives importantes.

3° En sens inverse, la chambre des lords a une compétence judiciaire étendue, comme juridiction d'appel [4].

B. *Influence de l'état de la législation sur le pouvoir de la jurisprudence.* — Il ne s'agit plus ici de telle ou

1. V. Saint-Girons, *op. cit.*, p. 551.

2. Acte du 6 août 1872, *Annuaire de législation étrangère 1873*, t. II, p. 28.

3. Sur les limitations de ce principe et sur les règles assez compliquées du droit anglais en cette matière, voir Fuzier-Herman, *op. cit.*, p. 521, et surtout Esmein, *op. cit.*, p. 350.

4. Fuzier-Herman, *op. cit.*, p. 520.

telle attribution de détail donnée au pouvoir judiciaire par la constitution, mais de l'étendue même du pouvoir des juges en face de la législation. L'état de la législation en Angleterre n'est aucunement le même qu'en France, et, partant, ce pouvoir des juges n'est pas comparable à ce qu'il est en France.

On sait qu'en Angleterre il n'existe point de code; le droit anglais a deux sources principales : les lois écrites *(statute law)* et la coutume *(common law)*. Ainsi point de code, les Anglais ayant toujours résisté à l'idée de réunir dans un seul *corpus* même les lois écrites, mais des lois éparses, et, à côté des lois écrites, la coutume : elle se compose des usages proprement dits ; on y fait rentrer les règles admises du droit romain et du droit canonique, lesquels n'ont jamais été promulgués en loi. Elle comprend aussi les décisions de certaines cours, conservées sous le nom de *record*. La coutume forme le fond du droit anglais ; elle régit encore aujourd'hui, par exemple, la matière des assurances maritimes et terrestres et la matière des obligations. Pourtant, surtout depuis une trentaine d'années, les lois écrites se multiplient : loi sur les sociétés, loi sur les lettres de change, les billets et les chèques, loi sur la marine marchande, loi sur la faillite.

Mais la coutume reste malgré tout la source principale du droit ; l'action de la jurisprudence est dès lors, on le conçoit, bien plus considérable qu'en France. Elle n'est pas exceptionnelle et subreptice ; la jurisprudence et l'équité sont deux sources reconnues du droit [1].

1. V. Glasson, *Histoire du droit et des institutions de l'Angleterre*, t. I, Préface.

L'Angleterre et la France offrent donc le spectacle de deux droits arrivés à un égal degré de développement, et dont l'un est strictement et complètement codifié, — dont l'autre est encore sous l'empire de la coutume. A quel système donner la préférence ? Le droit coutumier a, là comme ailleurs, ses inconvénients ordinaires : la complication, la diversité. Il faut noter toutefois que les coutumes anglaises sont loin de présenter la diversité qu'offraient les anciennes coutumes de France. En France, au contraire, nous avons la fixité, l'unité du droit, maintenue par un tribunal suprême [1] ; mais, d'autre part, cette fixité empêcherait tout progrès, et l'on a vu que la coutume survivait malgré tout. La codification absolue, irrévocable, sans un joint par où passe la coutume, ne serait l'idéal que si le droit pouvait jamais avoir accompli son évolution : ce serait l'état parfait d'un droit parfait.

1. Il n'y a pas de cour de cassation en Angleterre. (Glasson, *op. cit.*, tom. IV, VIII[e] partie, chap. III.)

Vu :
Le Professeur Président de la Thèse,
R. BIVILLE.

Vu :
Le Doyen de la Faculté,
Edmond VILLEY.

Vu et permis d'imprimer :
Le Recteur de l'Université de Caen,
E. ZEVORT.

TABLE DES MATIÈRES

Pages

RÉFÉRENCES BIBLIOGRAPHIQUES 7

INTRODUCTION 9

CHAPITRE PRÉLIMINAIRE. — Du principe de la séparation des pouvoirs et de ses limites, spécialement en ce qui concerne le pouvoir judiciaire 13

LIVRE Ier. — Droit civil et procédure.

(Première fonction de la jurisprudence: corrigere.)

CHAPITRE Ier. — De quelques tentatives avortées d'interprétation prétorienne. 39

§ 1er Question de la nature des reprises de la femme 41

§ 2. Cumul de la réserve avec la quotité disponible. 52

CHAPITRE II. — Exemples où l'interprétation prétorienne s'est maintenue. 60

§ 1er Inaliénabilité de la dot mobilière sous le régime dotal 61

§ 2. Subrogation de l'hypothèque légale de la femme 74

§ 3. Validité des donations déguisées 79

§ 4. Dispense du rapport 83

§ 5. Insaisissabilité des rentes sur l'État . . . 86

§ 6. Extension de la compétence *ratione loci* relativement aux compagnies de chemins de fer et d'assurances 90

§ 7. Clause à ordre en matière civile 92

(Deuxième fonction de la jurisprudence : suppléer.)

Pages.

CHAPITRE III. 99

A) Cas réglés par analogie simple. — Délai de l'inventaire dans le bénéfice d'émolument . 100

B) Théories générales fondées sur la tradition . 101

1° Droit de rétention 102

2° Action Paulienne 103

C) Hypothèses postérieures à la loi. 112

Le contrat d'assurance :

1° Assurances terrestres. 113

2° Assurances sur la vie. 116

CHAPITRE IV. — QUELQUES CAS D'EXTENSION DES POUVOIRS DES TRIBUNAUX. 119

A) Autorisation à la femme séparée de biens d'employer directement sa part contributoire. 120

B) Jours fixés pour la visite des enfants par l'époux divorcé ou séparé de corps qui n'en a pas la garde. 120

C) Dommages-intérêts employés comme moyen comminatoire 120

Procédure civile.

CHAPITRE V 123

§ 1er Référés 123

§ 2. Préliminaire de conciliation. 129

LIVRE II. — Autres branches du droit.

CHAPITRE VI. — DROIT COMMERCIAL 137

§ 1er Délai de grâce pour le paiement d'une lettre de change 140

§ 2. Clause de non-responsabilité en matière de transports 142

§ 3. Survie de la personnalité des sociétés durant la liquidation. 145

Pages.

CHAPITRE VII.— Droit criminel. 149

§ Ier Instruction criminelle. 151

A) Attributions du juge d'instruction . 151

B) Affaires jugées sans instruction . . 153

C) Correctionnalisation des crimes . . 154

D) Débats en cour d'assises. 158

1° Interrogatoire de l'accusé. . . 158

2° Rôle du jury 160

§ 2. Code pénal. — Le duel. 163

CHAPITRE VIII. — Droit international privé 176

1° Nationalité. — Naturalisation frauduleuse d'un Français à l'étranger 180

2° Condition des étrangers 183

3° Conflit des lois. 186

4° Procédure. — Pouvoirs du tribunal français en matière d'exequatur. 186

CHAPITRE IX. — Pratique extrajudiciaire 189

§ Ier Personnes revêtues d'un caractère public. 190

A) Officiers de l'état civil — publications de mariage 190

B) Actes notariés, présence réelle du second notaire ou des témoins . . 192

§ 2e *Administration.* — Droits du propriétaire d'une source 194

CONCLUSION 201

Généralités. — Le pouvoir prétorien existe 201

QUESTIONS.— 1° Procédés employés : Analogie. . . . . / Arguments tirés de l'ancien droit . . . . . / Considérations d'intérêt général . . . . . / Détournement de texte. / Recherche de l'esprit du législateur . . . . . — 204

2° Caractères de l'interprétation jurisprudentielle. Caractère pratique et équitable des solutions prétoriennes. . . . . / Variabilité . . . . . — 207

Pages.

3° Légitimité 212
4° Tendances de la législation 215
Conclusion générale 218

Appendice. — Législations étrangères:

Monarchies absolues (Russie et Turquie) 221

Pays constitutionnels du continent (sauf l'Angleterre) : Belgique . . . . . ; Hollande . . . . . ; Suède . . . . . ; Italie . . . . . ; Espagne . . . . . ; Autriche-Hongrie . . . ; Allemagne . . . . . ; Suisse . . . . . — 222

États-Unis d'Amérique 224

Angleterre : A) Points qui résultent de la constitution. : 1° Vérification des pouvoirs en matière électorale . . . . . ; 2° Pas de juridictions administratives . . . ; 3° Pouvoir judiciaire de la chambre des lords. — B) Influence de l'état de la législation sur le pouvoir de la jurisprudence . . . . . — 226

CAEN — IMPRIMERIE CHARLES VALIN, 7 ET 9, RUE AU CANU

TOVJOVRS AVANT